

## 契約による過失責任の免責（三）

——ドイツにおける司法的内容規制の展開——

田 處 博 之

### 目 次

- 一 はじめに
- 二 BGBの立場
- 三 良俗違反理論による内容規制（以上、六六卷四号）
- 四 信義誠実原則による内容規制
  - 1 免責の援用の信義誠実違反
- 2 重過失責任からの免責の拒絶（以上、六七卷二号）
- 3 情報提供者が誤情報提供により利益を意図的に獲
- 得した場合の免責の拒絶
- 4 枢要義務に關しての免責の拒絶
- 5 小括
- 五 約款規制法による内容規制
  - 1 はじめに
  - 2 約款規制法の制定（以上、本号）
- 六 まとめ

### 3 情報提供者が誤情報提供により利益を意図的に獲得した場合の免責の拒絶

契約による過失責任の免責（三）

企業者またはその指揮的職員に重過失が認められない場合であっても、銀行側がある第三者について誤情報を提供し、顧客がこれを信頼してその第三者と取引に入り損害を被ったという、いわゆる銀行の取引先信用情報の事案では、銀行側が当該取引から銀行の利益を得る意図で誤情報を提供し、かつ、顧客の負担において現に利益を得た場合には、免責の援用は——誤情報提供についての過責が指揮的でない職員にしか認められない場合にも——当該利益の範囲で拒絶される、との準則が確立されている。

連邦通常裁判所一九五四年四月二八日判決（NJW 1954, 1133）は被告銀行の専門担当者（Sachbearbeiter）である商事代理人（Handungsbevollmächtigter）AがBについて誤った信用情報を提供した事案である。Aの指揮的職員性はNJW掲載の判決文をみるかぎり検討されていないが、裁判所はこれを否定する趣旨のようである。被告の援用する銀行約款一〇号は情報および助言提供についての責任からの免責を規定していた。Bの手形を引き受けて損害を被った原告の損害賠償請求に対し、裁判所は以下のように判示する。

銀行が情報の提供に際して同時に自己の経済上の利益を追求することは、原則的に免責条項の適用の妨げとならない。しかし銀行は、みずからの顧客に与えられる恩典（Vergünstigungen）の利益を自己の債権の満足のために自身で利用すべく、別の顧客に対し、弁済期の到来した債権の支払を求めるかわりにその顧客に信用を供与することを情報またはその他の推奨を通じて勧める場合には、このことにより損害を受けたその別の顧客の請求に対して、自分はみずからの約款により情報および助言提供について責任を負う必要はないことを援用することは信義誠実と相容れない。銀行は、みずからの有責な行為による利益を情報受領者の負担において利用した（ausnutzen）かぎりでこの免責の抗弁を拒まれねばならない。原審は右の法的観点を顧慮しそのために必要な事実認定をしなければならなかった。原告がBに支払を猶予することを拒んだならば原告の弁済期の到来した債権の弁済に用いられたであろうまたはそのために被告が手放したであろうB

の口座への入金を、被告はまさしく原告の好意によって自己の債権の満足のために用いることができたようになった、との原告の主張が正しい場合には、被告がこの場合に右免責条項を援用することは商人取引(der kaufmännische Verkehr)の礼儀感に反する。

裁判所は以上のように判示して、右条項により請求を棄却していた原判決を破棄し、Aに過失があったかどうか、誤情報を通じて原告が支払を猶予するように仕向けたことにより被告にどのような利益が生じたかの検討を求めて事件を原審に差し戻し、

被告はAに過失しかない場合であっても、原告の不利益のもとに右情報提供を通じて得られた利益の範囲でBGB二七八条により責任を負わなければならない、

と判示したのである。

この準則の適用のための要件を以下にみておこう。まず(i)この準則により免責の援用が信義誠実違反とされるためには、銀行側が利益を得る意図で誤情報を提供したことが必要である。前掲連邦通常裁判所一九七〇年二月二日判決(WM 1970, 632)は、被告銀行の支店の銀行支配人(Bankprokurist) A (指揮的職員性は否定された) によるB社についての誤った信用情報を信頼してB社に資本参加したと主張して、原告がB社の破産により被った損害の賠償を請求した事案である。原審は、原告の出資によってBの資力が強化され被告のリスクが軽減されたことにより被告は右誤情報から客観的な利益を得た、として免責の援用を認めなかった。これに対して裁判所は、以下のように判示して免責の援用を認める。

自己の利益を理由とする信義誠実違反を免責の援用に際して認めることができるのは、情報受領者を措置をとるように

仕向けそのことから自己の利益を引き出す意図で、銀行が有責に誤った情報を提供した場合のみである。その場合にのみ、銀行の有責な行為の情報受領者の負担における非難されるべき利用 (Ausnutzung) が存する。原審はAのそのような意図を否定し、そのことには法的欠陥は見出されない。意図的に情報受領者の負担において獲得される利益のみが免責の援用をその範囲で妨げるので、被告がAの有責な行為から実際にどのような利益を引き出した可能性があるかは問題でない。<sup>(2)</sup>

つぎに(ロ)免責の援用は、誤情報を通じて顧客の負担において得られた利益の範囲で許されない。前掲連邦通常裁判所一九七一年三月二九日判決 (WM 1971, 817) は、被告が、原告銀行の支店指揮者であり銀行役員 (Bankdirektor) であるA (指揮的職員と認定されたがWM掲載の判決文をみるかぎりその重過失は認定されていない) をも交えた交渉によりBに五万DMを出資したが、Bが破産した事案である。右五万DMのうち四万DMを被告に融資していた原告が被告にその返済を求めたのに対し、被告は、Aが右融資時に、Bが原告に対し多額の債務を負っていることを指摘しなかったことなどを理由とする損害賠償請求権との相殺を主張した。裁判所は、原判決が、被告による信用供与はBの利益となったとして、右準則という原告の利益を否定し原告の請求を認容していたのに対し、原告の利益の有無についてのより詳細な検討を求めてこれを破棄し、事件を原審に差し戻している。<sup>(3)(4)</sup>

もっとも判決によっては銀行が誤情報を通じて利益を得たことを必ずしも要求しておらず、判例が一致して(ロ)のように解しているわけではない。たとえば前掲連邦通常裁判所一九七二年三月六日判決 (NJW 1972, 1200) は情報を提供した職員Aが指揮的職員でなかった場合を前提に以下のように判示する。

たしかに原告は、被告が誤情報を、これに基づき原告が与える融資から直接利益を引き出す意図で提供し、原告に生じた損害の額の利益を実際に原告の負担において得たことを証明しなかった。それにもかかわらず、そのような利益がなくとも銀行約款一〇号の援用が許されないことがあり得る。被告はみずからかなりの与信約束を与えていたBの支払能力

改善につき関心を有していた、と原告は主張した。この主張によれば、被告のためにAは、被告の与信取引(Kreditgeschäft)をさらに進めさせることができるようにし、被告の与信にとつての安全性を改善するため、そうでなければ危殆化されるBの建築計画の継続を原告の融資でもって容易にすることに努めたのかもしれない。原告の主張するようにAが故意的に誤った情報を被告のこのような経済上の利益において提供した場合には、責任の排除は信義誠実に違反するであろう。とくに、職員が情報をそれが誤りである危険を冒して提供し、自分の銀行が与えた与信についての経済上の利益においてこのことを認容する場合には、銀行は指揮的でない職員の故意からもみずからを免責することはできない。このようにして、それ自体は可能な指揮的でない職員の故意行為の場合の免責は適切な制限を受ける。<sup>(5)</sup>

ただいづれにせよ、(i)取引から通例得られる利益が、銀行による免責の援用を許されないものとする利益にあたらないことについては、判例は一致をみている。前掲連邦通常裁判所一九七一年三月二九日判決が取引先との取引関係の継続がすでに銀行にとつて、通例の利息および付帯費用の入金により利益であったとの主張にはその一般性の点で賛成することはできないと判示しているほか、前掲連邦通常裁判所一九七一年六月一八日判決(NJW 1971, 2126)も、ドイツの有価証券の売買をオランダの原告銀行から委託されていた被告銀行がドイツの取引所の状況について誤った助言を提供したとして原告から損害賠償を請求された事案において、銀行が顧客のために有価証券業務を営むことから得る通例の利益はここでいう非難されるべき利益ではない、と判示して請求を棄却し、また前掲連邦通常裁判所一九七三年一月一八日判決(NJW 1973, 426)も、取引先に高額の信用を与えていた銀行がその取引先の支払能力を改善することにつき有する利益は免責の効力を奪うには足りないことを判示する。<sup>(6)</sup>

右にみてきたようにこの準則は、その適用要件の細部において判決相互間で差異がみられその射程範囲にはつきりしない点があるものの、2にみた企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されない

との準則によれば企業者がかなり自由にみずからを免責することができたところの労務者または指揮的でない職員<sup>(7)</sup>の過責についての責任の領域にも裁判所による内容規制を及ぼした点で、意義を有するものと評価できよう。<sup>(8)</sup>

#### 4 枢要義務に關しての免責の拒絶

(1) 原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責の拒絶

裁判所が免責の援用の信義誠実違反の理論のもとで免責の内容を制限したのは、以上にとどまらない。すなわち裁判所は、その遵守が契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務に關しては免責は許されないという、いわゆる枢要義務 (Kardinalpflicht) に關しての免責の拒絶の準則を確立しているのである。

この準則は、原始的な海上堪航および堪荷能力 (See- und Ladungstüchtigkeit) の欠缺に關しての海上運送人の責任からの免責は許されない、との海上上の準則に起源を有する。この海上上の準則が確立されるにいたった過程を以下にみてみよう。海上運送人は H G B 五五九条一項<sup>(9)</sup>により、(i) 船体が具体的な積荷とともに、予定された航行において海の危険——まったく異常な性質の危険を除く——に耐えることができる (狭義の海上堪航能力 (Seetüchtigkeit) のみならず、(ii) 船が適切に設備され、艤装され、人員が配され、食糧を備えられている (運航能力 (Reisetüchtigkeit) こと (i) (ii) あわせて広義の海上堪航能力 (Seetüchtigkeit) という)、ならびに、(iii) 船が具体的な積荷を、海の危険以外の危険によつて危殆化されることなく運送することができること (堪荷能力 (Ladungstüchtigkeit) につき配慮しなければならず、同条二項により海上堪航および堪荷能力の欠缺に基づく損害につき、その欠缺が通常の (ordentlich) 海上運送人の注意を用いて発航までに発見されることができなかった場合をのぞき積荷関係者に対し責任を負う。<sup>(11)</sup>

しかし海上運送人の責任を定めるHGB規定はHGB五五九条を含めて、任意規定であつたので、海上運送人は船荷証券のなかでみずからの責任をほとんど常態的に排除し、運送リスクは一方的に積荷関係者に負わされていた。このことに対する積荷関係者の反発が原因となつて一九二四年に、船荷証券に関する規定の統一のための国際条約(Internationales Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über Konnossemente)が成立するにいたる。これは船荷証券のなかでの免責可能性を制限することを内容とし、とくに原始的な海上堪航および堪荷能力の欠缺による海上運送人の義務ならびにいわゆる商業上の過責(kommerzielles Verschulden)についての責任のあらかじめの排除を原則として禁ずるものであつた。<sup>(12)</sup> このことを受けてドイツでも一九三七年にHGBが改正され、六六二条一項一文に「船荷証券が発行される場合には、五五九条(海上堪航および堪荷能力)……による海上運送人の義務は、法律行為を通じてあらかじめこれを排除または制限することはできない」と規定され、このことにより原始的な海上堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は原則的に許されなくなった。

また判例も制定法による以上のような対応と並行して、原始的な海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責を、問題となつた条項はこのことを含んでいないと解釈することによつて許容してこなかつた。たとえばハンブルク上級地方裁判所一八九四年五月二日(HansGZ 1894 Hauptbl. Nr. 91)は、船倉が清掃されていなかったためにポンプがつまりビルジ水がたまって積荷の綿が毀損された事案において、航海事故については責任を負わないとの船荷証券条項につき、海上堪航能力があり、適切に設備され、きちんとし(ordnungsmäßig)運送契約の実行に適した状態にある船を荷積のために用意すべき義務は、海上運送人の第一のかつ本質的な義務であり、この義務の不履行を航海事故といふことはできない、と判示して、その適用を否定する。<sup>(13)(14)</sup>

しかし免責を禁止するHGB六六二条は、船荷証券が発行されない場合やHGB六六三条および六六三a条が規定する一定の場合には適用されないので、原始的な海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責は制定法上、完全に禁止されたわけではなかった。また判例による解釈規制も、原始的な海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責の趣旨が明らかな船荷証券条項に対しては対応することができなかった。すなわちライヒ裁判所第一民事部一九三一年七月八日判決（HansRGZ 1931 B Nr. 163 = SeuffArch. Bd. 85 Nr. 181）は、被告海上運送人がその所有の船で運送した原告のたばこが、前の航海で運送された石炭タールの残りによって汚損されるなどした事案において、このことがかりに船の海上堪航能力の欠缺にあたるとしても、船、用具、汽缶、機械設備、艤装に存する隠れたるまたは明白な欠缺について責任を負わないことを定める被告の船荷証券条項からはこのことからの免責の趣旨が認められると指摘して、右免責は、社会生活を支配する（verkehrsbeherrschend）地位の不当な利用（Ausnutzung）にあたらず、かつ、本人または指揮的職員の自己の過責に基づく損害事例を対象としていないかぎりその許容性に問題はない、と判示し、右過責を否定のうえ原告の損害賠償請求を棄却したのである。

以上のような法状況のもとで判例は、原始的な海上堪航および堪航能力の欠缺についての責任からの免責に解釈規制により対応し、そもそも右免責が許されるかどうかの問題には立ち入らない<sup>15</sup>、という従来の立場を放棄し、右免責の効力を直接制限することをし始める。前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決（WM 1956, 826）は、被告曳航業者所有の曳船がA所有の船を移送中、強風のため曳索が切れ、サルベージ費用がかかるとともにA所有の船に損害が発生した事案である。被告の曳航約款は、曳船およびその所有会社はいかなる原因によるものであれ被曳船の事故および毀損について、とくに曳索または曳船用具の破損について責任を負わないことを規定していた。



A 所有の船の船体保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所は被告の独占地位を認定のうえ、その濫用による良俗違反について以下のように判示する。なお裁判所は、曳船が四ツ爪いかりを備えていなかったことを本件における原始的な海上堪航能力の欠缺の内容として考えているようであり、このことについては被告の機関である船長Cの過責が認定されている。

ライヒ裁判所によって展開された判例によればなかでも、独占者が、法律によって意図され社会生活によって衡平と感ぜられる法状態の回避のもとに、社会生活 (Verkehr) に特別の枷を課するところの不釣合に大きな利益をみずからに留保することは、良俗違反と解されてきた。あらゆる点で海上堪航能力ある船を供給することは海上運送人の「枢要義務」である、とのことは正当に強調される。<sup>16)</sup> 契約履行、すなわちもくろまれた航行のきちんとした (ordnungsgemäß) 実行は、発航時に海上堪航能力ある船が提供される場合にのみ成功する。さらに、双方の利益の必要不可欠な衡量に際しては、海上運送人は、船が予定された運行に適しかつ十分に艤装され設備されているかどうかを、困難なく発航前に母港で、乗組員以外の者を通じて管理し点検することができる、ということが顧慮されるべきである。これに対して荷送人は通常、相応の予防措置を講ずる可能性を有しない。それゆえ過責による海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責には、正当な理由を認めることはできない。これらの原則は、被備者が職務と結合した船および器具の調達の義務を負い、雇主が船の調達および艤装に対し影響力を及ぼすことのできない場合には、雇傭契約の法形姿をとる曳航契約にも適用される。それゆえ被告が自己、その機関およびその指揮的職員の過責からみずからを解放した (freistellen) かぎりで右約款は無効である。

右のこと自体は、すでに独占地位の濫用による良俗違反の理論のもとで確認された、企業者またはその指揮的職員の自己の過責についての責任からの免責は許されないと準則の一適用にすぎないともいえよう。しかし裁判所は右に続けて、以下のように判示したのである。

これと同じ結論には、B G B 二四二条の法思想の適用によっても到達することができる。当部は、すでに一九五三年一月二〇日判決（Hansa 1954, 551）において、約定された責任排除を主張することが信義誠実の命令に反し得ることを論述した<sup>(17)</sup>。被告は、右約款のなかで海上堪航および堪荷能力についてもみずからを免責したかぎりにおいて、まったく一方的に自己の利益のみを追求した。被告が、まさしく、その遵守が曳航契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務からみずからを免責することは、信義誠実と相容れると解することはできない<sup>(18)</sup>。

ここにおいて裁判所は、免責の援用の信義誠実違反の理論<sup>(19)</sup>のもとで、原始的な海上堪航および堪荷能力の欠缺についての海上運送人の責任からの免責は許されない、との準則を確立した。これと同様の準則は、内水航行の領域でも確立されるにいたる。内水航行の領域では内水航行法八条が、海上航行におけると同様に、発航時における内水航行船舶の水上堪航能力（Fahrtüchtigkeit）についての船長の義務および船舶所有者の責任を規定し、この水上堪航能力はH G Bの海商法規定における海上堪航能力に相当する概念と理解されているが、内水航行の領域はH G B第五編海商によってではなくH G B第四編商行為第六章運送業および内水航行法（Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt）によって規制されるため、海上運送人の一定の義務の排除および制限を禁止したH G B六六二条の適用がなく、水上堪航能力の欠缺についての責任からの免責は依然として制定法上は許容されたままであった。そのようななかで連邦通常裁判所一九六六年六月二三日判決（VersR 1966, 871）は、

水上堪航能力ある船を提供することは、船舶航行法上の理由から排除され得ない船舶所有者および運送人の枢要義務であるので、水上堪航能力が十分でないことについての責任を船荷証券約款により排除することができるかどうかの問いは、前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決において判示されたのと同じ理由から否定に解されるべきである、

と判示する<sup>(21)</sup>。2にみた、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないと準則の

もとは、重過失でない過失についての責任からの免責はかなり自由に許されていたが、裁判所はこのように、原始的な（海上ないし水上）堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は過責の程度とかわりなく許されないと考えたのである。

そしてさらに、労務者または指揮的でない職員にしか過失が認められない場合であっても、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されないと解されるにいたる。連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決（VersR 1973, 1060）は、被告港湾運送人のはしけに保管された大豆が湿気のため腐敗した事案である。被告の援用する、港湾貨物航行を営むハンブルク港の会社の約款（Allgemeine Bedingungen der Hafenschiffahrt betreibenden Firmen des Hamburger Hafens）は、天候の影響その他によって惹起される損害については、その発生につき船長その他の人間のいい加減さ（Nachlässigkeiten）または過誤が共働した場合であっても責任を負わないことを規定していた。原告が譲渡された権利に基づき損害賠償を請求したのに対し、裁判所は以下のように判示する。

運送品の紛失または毀損についての運送人の責任からの免責は、信義誠実の原則と相容れるかぎり約款のなかでも可能である。このことは、運送人によって用意される船の（原始的な）水上堪航または堪荷能力の欠缺についての責任排除については——瑕疵が運送人の従業員（Leute）の軽過失に基づくにすぎない場合であっても——否定されるべきである。たしかに連邦通常裁判所の判例において、約款服従者が損害に対し保険により自衛することができかつ実際にも通例的にこのようにしている場合には、企業者はその指揮的でない職員および労務者の過失についての責任から約款のなかで有効にみずからを免責することができる、とのことが承認されている。さらに具体的な従業員リスク（Personalrisiko）に関しての、つまりきちんと（ordnungsgemäß）指揮され監督された事業体の労務者または職員においても排除され得ないようないい加減さ（Nachlässigkeiten）および間違（Versehen）に関しての書式による企業者の免責は、通常許される。

しかしこれら二つの観点によっても、船の水上堪航または堪荷能力についての約款のなかでの責任排除を有効と解することは、瑕疵が運送人の従業員（Leute）の軽過失に基づく場合でさえもできない。なぜならここでは、積荷配慮を（後発的に）欠いた場合のように、積荷がその運送に適した船に引き受けられたのち、とくに航行中はつねに発生する可能性があり関係者もそのことを考慮に入れているところのいい加減さ（Nachlässigkeiten）または間違え（Versehen）からの免責が問題なのではないからである。むしろここでは、運送契約のきちんとした（ordnungsgemäß）履行を最初から排除し、その不存在をあらゆる委任者が自明のことと考えているところの、最初から存在する瑕疵についての責任排除が問題なのである。その遵守が運送契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務からの免責は、原則的に信義誠実に反する。<sup>(23)(24)</sup>

原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責はこのように、過責の程度や過責のある主体いかにかわらず許容されなかったのに対し、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺に基づくのではない損害についての責任からの免責は、当然に許容されないということにはならなかった。前掲連邦通常裁判所一九七三年七月二日判決（VersR 1974, 131）は、被告内水運送人が運送を引き受けた岩塩が船倉への浸水により毀損された事案において、右浸水は発航後石または他の硬い物が船尾のビルジ板を突き破ったためであり、船は発航時、水上堪航および堪荷能力を有していたと認定のうえ、以下のように判示する。

当部は、船の水上堪航および堪荷能力についての責任からの運送人の書式による免責を信義誠実違反と解してきた。しかし本件で問題となっているのはそのような場合ではない。問題となっているのは、積荷が輸送に適した船に受け入れられた後、船長が過失により惹起した積荷損害についての責任からの書式による免責が許されるかどうかである。右免責の許容性に対しては、船の水上堪航および堪荷能力についての責任の業務上の（geschäftsmäßig）排除に対するような徹底的な（durchgreifend）懸念は存しない。なぜならここに存するのは、その存在が運送契約のきちんとした（ordnungs-

gemäß) 履行を最初から不可能にし、その不存在をあらゆる委託者が自明のことと前提するところの瑕疵を対象とする責任排除ではないからである。むしろそれは、とくに運送中にはつねに発生する可能性があり、積荷関係者も実際そのことを考慮に入れているところのいい加減さ (Nachlässigkeiten) および間違え (Versehen) についての責任からの免責なのである。<sup>(25)</sup>

このように原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されず、これに對して右欠缺に基づくのではない損害についての責任からの免責は当然に許容されないわけではなかったが、それはなにゆえであったか。各判決が判示するところを列挙すると、[1] あらゆる点で海上堪航能力ある船を供給することは海上運送人の「枢要義務」であり、契約履行、すなわちもくろまれた航行のきちんとした (ordnungsgemäß) 実行は発航時に海上堪航能力ある船が提供される場合にのみ成功し、また、海上運送人は船が予定された運行に適し十分に武装、設備されているかどうかを困難なく発航前に母港で乗組員以外の者を通じて管理し点検することができるのに對し、荷送人は通常、相応の予防措置を講ずる可能性を有しないので、過責による海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責は良俗違反であり、さらに、その遵守が曳航契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務からみずからを免責することは信義誠実と相容れないので、B G B 二四二条によっても同一の結論が得られること、<sup>(26)</sup> [2] 水上堪航能力ある船の提供は、船舶航行法上の理由から排除され得ない船舶所有者および運送人の枢要義務であるので、水上堪航能力が十分でないことについての責任を船荷証券約款により排除することはできないこと、<sup>(27)</sup> [3] 船の水上堪航および堪荷能力という「枢要義務」についての船長の責任は排除され得ないこと、<sup>(28)</sup> [4] 海上堪航ないし堪荷能力ある船を供給すべき義務からの海上運送人の免責は、海上運送人がこの「枢要義務」から免れるときには、運送

契約を通じて海上運送人によって引き受けられた契約上の義務の本質的な内容がまったく空洞化され、また、海上運送人は海上堪航能力を発航まで十分に母港で検査させることができるのに対し荷送人には船の運航および堪航能力に対する作用可能性を有しないので、BGB二四二条に違反する、ということにより、海上堪航および堪航能力の欠缺に基づく損害についての海上運送人の責任からの免責は無効であること、<sup>(29)</sup> [5] 船の水上堪航または堪航能力についての約款のなかでの責任排除は、積荷がその運送に適した船に引き受けられたのちつねに発生する可能性があり関係者もそのことを考慮に入れているところのいい加減さ（Nachlässigkeiten）または間違（Versehen）からの免責ではなく、運送契約のきちんとした（ordnungsgemäß）履行を最初から排除し、その不存在をあらゆる委任者が自明のことと考えているところの最初から存在する瑕疵についての責任排除であり、その遵守が運送契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務からの免責は原則的に信義誠実に反するので、右責任排除は無効であること、<sup>(30)</sup> [6] 原始的な海上堪航および曳航能力についての責任は、法律が排除不可能なたちで（unabdingbar）、あるいはそうでなくとも法律の適用請求に対し約款条項が耐えることのできないやり方で規制するところの核領域に属すること、<sup>(31)</sup> [7] 水上堪航能力ある船でもっての発航は運送契約のきちんとした（ordnungsgemäß）履行につき卓越した（übertragend）意義を有し、それゆえこのことからの書式による免責は信義誠実と相容れないので、運送人または船舶所有者は、船の原始的な水上堪航（または堪荷）能力の欠缺が誤った荷積に基づく場合にも、船の原始的な水上堪航能力の欠缺についての責任からの約款による免責を援用することはできず、このことは——運送人または船舶所有者が発航時に水上堪航能力ある船を提供すべき本質的な（wesentlich）義務から約款のなかでみずからを免責し得るかどうかがここでの問題であり、また一般に運送人および船舶所有者は積荷関係者とことなり、相応の指示および注意

深い監視を通じて発航に際しての船の水上堪航能力の欠缺を防止することができるので——船が荷積のために提供された際には瑕疵がなかったがその後発航時には堪航能力を欠いていたという場合にも妥当すること、<sup>(32)</sup> [8] 水上堪航能力ある船での発航は運送契約のきちんとした (ordnungsgemäß) 履行につき卓越した (übertrend) 意義を有し、それゆえ船の原始的な水上堪航能力の欠缺についての責任からの書式による免責は信義誠実と相容れないこと、<sup>(33)</sup> [9] 運送品の価額とまったく関連性がなく多かれ少なかれ恣意的と思われる責任規制を通じて、水上堪航および堪荷能力ある船を提供すべき運送人の義務を広範に弱体化することは、右義務が運送契約のきちんとした (ordnungsgemäß) 履行につきまったく特別の意義を有するということと相容れないので、船が最初から水上堪航または堪荷能力を欠いている場合に運送人の責任を約款のなかで運送品一〇〇 kg あたり一定の金額に制限することはできないこと、<sup>(34)</sup> [10] 約款は契約相手方を信義誠実の命令に反して不適切に不利益化するかぎりで無効であるところ、船の海上堪航および堪荷能力につき配慮すべき海上運送人の義務は、契約目的の達成がその遵守次第であるところの基礎的に (grundlegend) 重要な契約義務であって、そのような枢要義務からの免責は右不利益化を含み、海上運送人はこの義務からの免責を通じて、みずからは発航前にさしたる困難もなく乗組員以外の者を通じて海上堪航および堪荷能力の存在を調べることができるのに対し荷送人には通常そのような可能性が存しないがゆえに、みずからの利益を一面的に前面に押し出し荷送人の正当な利益を十分に考慮しないことになろうので、海上堪航および堪荷能力の欠缺に基づく損害についての責任は約款を通じて排除され得ないこと<sup>(35)</sup>から原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されなかった。これに対して原始的な堪航および堪荷能力の欠缺に基づくのではない損害についての責任は、<sup>[11]</sup> 約款は「枢要義務」違反からの免責により、約款に優先する個別取決と矛盾することになるので、船

船舶所有者はみずからの負う枢要義務に対する違反の結果から約款によりみずからを免責することはできないところ、水上堪航能力ある船を提供することがそのような枢要義務であって、水上堪航能力の欠缺によるのではない損害についての責任からの免責は契約上引き受けられた枢要義務と矛盾しないこと、<sup>(36)</sup> [12] その存在が運送契約のきちんとした(ordnungsgemäß)履行を最初から不可能にし、その不存在をあらゆる委任者が自明のことと前提とするところの瑕疵を対象とする責任排除ではなく、とくに運送中にはつねに発生する可能性があり、積荷関係者も実際そのことを考慮に入れているところのいい加減さ(Nachlässigkeit)および間違い(Versehen)についての責任からの免責の許容性に対しては、船の水上堪航および堪荷能力についての責任の業務上の(geschäftsgemäß)排除に対するような懸念は存しないこと<sup>(37)</sup>から、その免責が許された。

以上をまとめれば①堪航および堪荷能力ある船を提供することは、その遵守が運送契約の履行のための前提をはじめて創出するところの枢要義務であり、契約履行のきちんとした(ordnungsgemäß)実行はこの義務が履行される場合にのみ成功するので、この義務からの免責は信義誠実と相容れないこと、<sup>(38)</sup> ②原始的な堪航および堪荷能力についての責任は、法律が排除不可能なたちで(unabdingbar)あるいはそうでなくとも法律の適用請求に対し約款条項が耐えることのできないやり方で規制するところの核領域に属すること、<sup>(39)</sup> ③堪航および堪荷能力ある船を提供することとは枢要義務であり、その違反からの免責により約款は約款に優先する個別取決と矛盾することになること、<sup>(40)</sup> ④運送人は船が堪航および堪荷能力を有していることを発航前に難なく管理し点検することができるのに対し、積荷関係者には講じ得る措置が存しないこと、<sup>(41)</sup> ⑤積荷関係者は船が原始的な堪航および堪荷能力を欠いていないことを自明のことと考えており、この点、積荷がその運送に適した船に引き受けられたのちつねに発生する可能性があり積



荷関係者もそのことを考慮に入れているところのいい加減さ(Nachlässigkeiten)または間違ひ(Versähen)とはことなること<sup>(42)</sup>ということになる。そしてそのなかでもとくに①は多くの判決によって援用される。

ただ、堪航および堪荷能力ある船を提供することが、その遵守が運送契約の履行のための前提をはじめて創出するところの枢要義務であり、この義務そのものからの免責が許されないとしても、そのことから当然に、その義務に対する違反についての責任からの免責が許されないとしても、そのことを導き出すことはできないであろう。義務そのものの免責の可否と義務に対する違反についての責任からの免責の可否とは、別問題だからである。この点<sup>[9]</sup>では、堪航および堪荷能力ある船を提供すべき義務を責任規制を通じて広範に弱体化することは許されない、という言い方がされており、義務そのものからの免責が許されないことと義務に対する違反についての責任からの免責が許されないこととの関係についての一つの理解(義務に対する違反についての責任からの免責は、その義務そのものの弱体化を招くので、同様に許されない)がうかがわれるが、これ以外の判決では、問題となった免責条項が義務からの免責ではなく責任からの免責を規定していた事案であつたにもかかわらず、義務違反についての責任からの免責の可否の問題と義務そのものからの免責の可否の問題とが区別されず、義務そのものからの免責の不許容性からその義務に対する違反についての責任からの免責の不許容性が理由づけなく導かれて<sup>(43)</sup>いる。

いずれにしても以上のような法状況のもとでは、なにが原始的な堪航および堪荷能力の欠缺に該当するのか、が大きな意味をもつことになる。判例によれば具体的には、四ツ爪いかりを備えていない曳船<sup>(44)</sup>、汚れのため隔壁の引戸が十分に開口部を閉鎖することのできないはし<sup>(45)</sup>け、著しく傾きもはや水平に立ち直ることのできないほどに著しい程度に誤って積荷を積まれたか、あるいは、碇泊地の水位が極端に浅いため、著しく傾きもはや水平に立ち直る

ことのできないほどに広い範囲で座礁した沿岸ディーゼル船<sup>(46)</sup>、誤った荷積により安定性を欠いたはしけないし内水航行ディーゼル船<sup>(47)</sup>、積荷は舷側の方へ固定しなければならなかったにもかかわらず、まったく不十分に積荷を積載したディーゼル船<sup>(48)</sup>、航路の水深が二五〇cmのところ荷の積み過ぎのため喫水が二三〇cmを超えていたディーゼル船<sup>(49)</sup>につき堪航能力が、船倉の隔壁には鏽のため穴が開きハッチは水漏れするはしけ<sup>(50)</sup>、雨水排水溝の詰まったはしけ<sup>(51)</sup>、ハッチカバーのいくつかを欠いたはしけ<sup>(52)</sup>、ビルジ水の水位が高過ぎるはしけ<sup>(53)</sup>、以前の積荷の残滓がハッチカバーなどにこびり付いたディーゼル船<sup>(54)</sup>につき堪航能力がそれぞれ否定され、このことにより免責の効力が認められなかった一方で、十分なハッチカバーを有しない船には水上堪航能力は認められないであろうが、ハッチカバーは存するがハッチが閉鎖されていなかったという事情は船の性状に関連する事柄ではないので、水上堪航および堪航能力はこのことにより否定され<sup>(55)</sup>ない、との指摘のもとに免責の効力が肯定された。

もっともこれらの判決では、原始的な堪航および堪航能力の有無が（免責の可否との関係においてではなく）一般論として判断され、その結果にしたがい免責の可否が決められており、原始的な堪航および堪航能力の有無の判断につき、免責の可否が問題となった事案特有の特徴がみられるわけではない。ただそうしたなかで連邦通常裁判所一九七五年九月一八日判決（Hansa 1977, 536）は、水上堪航能力ある船でもって発航することは運送契約のきちんとした（ordnungsgemäß）履行につき卓越した（überragend）意義を有し、それゆえ船の原始的な水上堪航能力についての責任からの書式による免責は信義誠実と相容れないところ、船の水上堪航能力は船自体の瑕疵のみならず誤った荷積によっても損なわれ得るので、なにゆえ後者の場合につき書式による責任免責の可否が前者の場合と異なって判断されるのかは理解し得ない<sup>(56)</sup>、ということを一つの理由として、誤った荷積に基づく場合にも船の原始的な水上堪航

能力の欠缺を認めるべきことを判示しており、原始的な堪航能力の欠缺についての責任からの免責が許されないと解されるべき範囲から原始的な水上堪航能力の有無を判断している点で注目される<sup>(57)</sup>。

## (2) 枢要義務に關しての免責の拒絶の準則の他領域での展開

原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されない、との準則の確立は、船の原始的な堪航および堪荷能力とは關係のない領域での免責の可否の判断に対しても影響を与えずにはおかなかった。すでに[1]前掲連邦通常裁判所一九六〇年九月二九日判決(WM 1960, 1391)は、被告の経営する監視付船舶停泊所(Wachschiffstation)が監視を引き受けたはしけとランチが沈没した事案において、以下のように判示する。

原告による上告は、被告は本件免責条項を通じて實際上、監視契約によるすべての義務からみずからをまったく免責させたも同然であり、被告によつて引き受けられた監視義務は船に積荷がない場合には實際上意義を有しないであらう、と主張するが、正しくない。この主張が妥当するのは、被告がみずからの監視義務の履行のための一般的な前提要件をたとえば組織に瑕疵がある結果、満たさなかった場合のみであらう(前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決(WM 1956, 826))。しかし本件ではそのようなことが問題なのではなく、きちんとした(ordnungsgemäß)事業体の職員または労務者においても排除され得ないようないい加減さ(Nachlässigkeiten)または間違い(Versehen)が問題なのである。そこでは枢要義務という言葉は用いられていないものの、原始的な堪航および堪荷能力ある船を供給すべき枢要義務からの免責は許されないことをはじめて判示した前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決の引用のもとに、みずからの監視義務の履行のための一般的な前提要件を満たさなかった場合には免責は許されることが示唆されており、そこには、その遵守が契約の履行のための前提をはじめて創出するところの枢要義務からの免責は許

されないとの準則の採用を認めることができる。その後も、右準則を採用したと評価することのできる判決がいくつか下されている。以下、契約領域別に紹介すると、運送契約の領域では[2]前掲ケルン上級地方裁判所一九七三年六月八日判決（OLGZ 1973, 345）が、約款は「枢要義務」違反からの免責により約款に優先する個別取決と矛盾することになるので、枢要義務違反の結果からの約款による免責は許されないこと、水上堪航能力ある船を提供すべき枢要義務に対する違反は本件では認められないことを判示したのに続けて、

責任免責が義務と矛盾し、このことにより責任免責が無効となるのは、「枢要義務」が問題となる場合だけである。乾燥した貨物倉を有する船を提供すべき義務からはこの意味における枢要義務は導かれない。とくに右義務からは、積荷からあらゆる湿気を遠ざけることが運送契約の遂行のための放棄され得ない「本質的な（essentiell）」前提である、とのことはいまだ生じない。つまりその場合にのみ、そのような内容の枢要義務を認めることができ、これに関しては免責は許されないのである、

とのことから、

本件免責は、一般的な水上堪航および堪荷能力を越える特別の契約上の個別義務と矛盾しない、

と判示し、[3]連邦通常裁判所一九七四年一月一七日判決（VerfG 1974, 590）が、原告がチャーターした被告海上運送人のディーゼル船の船長Aが船荷証券の呈示なく積荷の鉄製品を引き渡した事案において、

船長の過責による貨物の紛失についての責任からの被告の免責は、有効でない。貨物を目的港ですくなくとも船荷証券の返還と引換にその所持人に引き渡すべき海上運送人の義務（HGB 六四八条二項、六五三条）は主義義務である。免責は、この義務にも及ぼされる場合には、貨物を正当な船荷証券所持人に得さしめるべき契約の主目的（HGB 六四八条）との解消され得ない矛盾に陥るであろう。免責は海上運送人の基礎的な（grundlegend）義務に自明の限界を有する。そこでは

免責の援用はB G B二四二条にかんがみ許されない。正当な船荷証券所持人に貨物を引き渡すべき義務の有責な違反の結果からの免責はそのような場合である、

と判示<sup>(59)</sup>し、休暇用家屋仲介契約の領域では[4]デューレン区裁判所一九七一年四月二八日判決(MDR 1972 326)が、被告によって仲介された休暇用家屋が被告のパンフレットの記述どおりでなかった事案において、外国の休暇用家屋の借受で仲介人を間に入れることの意味および目的は、旅行者を宿の手配から解放することであり、このことが達成されるのは、仲介人が請負契約の意味でのその仲介活動の結果について原則的に責任を負う場合のみであることを確認のうえ、

被告は約款の性格を有する賃貸借契約の一三号のなかであらゆる損害賠償請求権を排除したが、本件ではこの免責条項の援用は信義誠実に反する。被告はそのような条項を通じて、みずから約束する給付義務から免れることはできない。まさしく外国の休暇用宿舎の仲介では、旅行者は仲介者による情報を盲目的に信頼せざるを得ない。彼はその情報が真実に合致しているかどうかを点検するいかなる可能性も有しない。それゆえ、仲介者が仲介契約(請負契約)により債務として負う本質的な給付結果は、仲介物件が仲介者自身が提供し仲介者のみが再点検可能な情報と合致していることである。仲介者は、このことについての責任を排除するときには、まさしく、旅行者が無限定に信頼せざるを得ず、また、仲介者の信頼勧誘(Vertrauenswerbung)に基づき正当に、信頼することが許されると考えているところの給付についての責任を排除している。仲介者はこのように高度に、みずからの情報の正確さに対するみずからの顧客による信頼を請求しているので、仲介者がその活動の本質的な部分をなす情報提供の正確さ——顧客はこれを信頼せざるを得ず仲介者のみがこれを再点検することができる——についての責任を排除しようとすることは、信義誠実違反である。またこの責任は仲介者にとつて期待可能である。なぜなら賃貸物件が多数である場合でも、これらの仲介で相応に稼ぐ仲介者には、物件をみずからの提供品のなかに受け入れる前にその物件の建築状況につき詳細に情報を得、パンフレット中のその物件についての

記載を真実に合致していることを期待することができるからである、

と判示<sup>(60)</sup>し、旅行主催契約の領域では[5]ミュンヘン第一地方裁判所一九七六年二月二六日判決（BB 1976, 1002）が、被告旅行主催者との旅行主催契約に基づき原告が賃借した休暇用家屋が入居可能でなかった事案において、被告が債務として負う給付の原始的不能を認定のうえ、

被告は本件では、その約款による支払済旅行代金額への責任制限を援用することもできない。たしかに当部は以前の判決のなかで、旅行主催者の約款のなかでの損害賠償義務の制限が許されることを確認した。しかしこのことは原始的不能の場合には妥当し得ない。基礎的な（grundlegend）契約義務の履行についての責任は原則的に、書式による条項によっては排除され得ない。本件では、休暇用家屋および施設の提供はまさしく被告の基礎的な（grundlegend）契約義務である。この主義務からは被告はみずからを免責することはできない。そのような免責ないしこのことに関する条項の援用は信義誠実の原則（BGB二四二条）に反する、

と判示<sup>(61)</sup>し、水道供給契約の領域では[6]連邦通常裁判所一九七八年四月一九日判決（VersR 1978, 737）が、被告給水連盟から供給された水が大腸菌によって汚染されていたため、激しい消化不良になったと原告が主張した事案において、

生活配慮（Daseinsvorsorge）の領域においても、免責は信義誠実（BGB二四二条）により、それにより供給契約の本質的な（wesentlich）義務が契約目的の達成が危殆化されるほどに制限されるところが限界である。現在では立法者により約款規制法九条二項二号に表出せしめられたこの原則は、債権者は原則的に、みずからが債務として負う反対給付の等価物としての契約相手方による契約履行のすくなくとも可能性を信頼することが許される、との事情の考慮に基づく。そこにおいてなにが契約目的の達成につき本質的な義務とみなされるべきであり、その有責な違反からは給付者はすくなくとも書式によってはみずからを免責することができないのか、は個々の契約の形態による、

と判示のうえ、原告は、常時水が循環しない分岐管を有する水道管体系は必然的に水質汚染を招きあるいはそうでなくとも水質汚染を助長するので、そのように水道管を設備することは水道工事の準則に合致しない、と主張するところ、そのような損害原因に対しては本件免責条項は適用されないであろうこと、当部は以前、電力供給約款の免責条項につき、これは原因のいかんを問わず電気のあらゆる遮断をも対象とすると判示したが、このような拡張解釈はすくなくとも、供給管が、それを通じては約束された給付がきちんと(Ordnungsgemäß)もたらされ得ないほどに不適切に設備された場合には及ばないところ、原告の主張によれば本件はそのような場合であること、を判示し<sup>(62)</sup>、燃料油供給契約の領域では[7]連邦通常裁判所一九七一年二月二四日判決(NJW 1971, 1036=VersR 1971, 515)が、被告供給業者の履行補助者が原告宅タンクへの燃料油注入の際、監視義務に違反したため、タンクから燃料油があふれ出した事案において、注入経過を最初から最後まで監視すべき義務は、注入経過の注意深い監視がそれによりすべての損害が防止され得るところの予防措置であるがゆえにとくに重要であり、社会生活はこの義務が、タンクへの注入にともなう危険を教示され相應の指示を与えられていることを期待することのできる供給業者の訓練された従業員によって遵守されることを要求することを認定のうえ、

注入されるべきタンクには技術上の瑕疵があった可能性があるが、買主はこれを認識している必要はない。家屋所有者およびその補助者に対してはたとえば、本件で作用したことが明らかな欠陥、すなわち油量計のおそらく誤っていたであろう表示、ねじ式栓の欠缺および槽の排出パイプの明らかに誤った構造を認識することができると期待することはできない。しかし供給業者は、そのような欠陥を覚悟していなければならない。なぜなら供給業者は平均的な買主に、必要な技術上の専門知識があることを前提とすることはできないからである。それゆえ供給業者は、注入経過を最初から最後まで監視すべきみずからの義務の意義をはっきり認識していなければならない、

と判示し、この売主の義務の買主への転嫁は、すくなくとも約款を通じては不可能であること、取引当事者の黙示的な服従意思は、その契約相手方の約款の契約条項のうち、その設定を衡平かつ正当に考慮に入れることのできるものにしか及ばないこと、約款を用いる契約当事者は契約自由を自身のためだけに用いてはならず、これを自身のためにだけ用い将来の契約相手方の利益をもともに考慮しないときには、原則的に両当事者に帰属するところのこの契約自由を濫用していることを判示し、保管契約の領域では<sup>(63)</sup>[8]連邦通常裁判所一九七九年六月一日判決（Venzl 1979, 701）が、被告運送取扱人がはしけでの保管を引き受けた米に湿り損害が生じた事案において、

BGB二四二条——これは約款規制法九条という特殊な形態に仕上げられた——により、免責条項を通して契約上の義務を、契約目的が最初から危殆化されるようなつまり達成され得ないようなやり方で制限することは許されない。かくして船の原始的な水上堪航能力または堪荷能力についての運送人、船舶所有者または船長の約款による免責は原則的に無効であることが承認されている。同様に、保管をなす者は、保管がそれがなされるのが陸上であれば、すくなくとも保管時に保管目的に適した空間においてなされることにつき排除不可能なたちで（unabdingbar）責任を負う。そこでは内部組織上だれが保管につき責任を負うかは関係ない。保管場所の選択は契約を支える（vertragsstragend）主義務として企業者の義務であり、企業者はそのかぎりで指揮的でない職員の過失についてもみずからを免責することはできない、と判示し、<sup>(64)</sup>銀行振替契約の領域では[9]フライブルク地方裁判所一九七八年二月二日判決（WM 1978, 263）が、原告がA宛の振替を取引銀行に委託するに際し、受領者名は正しかったが、誤って宛先銀行を被告銀行に、口座番号を第三者Bの口座番号に指定したため、振替がBの口座になされた事案において、ドイツの銀行口座は番号口座ではなく名前口座なので、振替取引における被仕向銀行の主義務は振替金額を振替受領者の口座に貸方記入することであり、このことは近時ドイツでコンピューターによる現金によらない支払取引が導入されている事実によっても——



このことが銀行の合理化利益にかなうものであり、右方式の導入のやり方や範囲については個々の顧客は影響力を有せずその決定は銀行のみに委ねられているので――変わりはないことを確認のうえ、

被告銀行はその約款四号三項二文において、振替委託の処理に際しては振替依頼者によって指定された口座番号を基準とすると規定したことにより、結果的に、支払受取人と指定された口座番号との齟齬の結果としての誤記帳についての責任からみずからを免責した。このことにより被告は、振替金額を振替受領者の口座に貸方記入するという、みずからが振替委託に基づき負っているところの主義務の違反についての責任を排除した。そのような規制は、約款はそれを通じて、契約の性質から生じる本質的な権利または義務が契約目的の達成が危殆化されるほどに制限される場合には無効である、との約款規制法九条二項二号の無効条項を充足する。約款規制法九条は、同法が一九七七年四月一日施行であることにより本件には適用されないが、その遵守が契約上の主義務のきちんとした(ordnungsgemäß)履行のための前提をはじめて創出するところの契約上の義務からの書式による免責は許されない、とのBGB二四二条から導かれる一般原則が妥当する(前掲連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決および前掲一九五六年三月一六日判決)。被告の約款四号三項二文を通じて、被告との間で締結された振替契約は広範に空洞化され、被告の主義務は相対化され、適切なりスク配分は手痛く破壊されるであろうので、被告はみずからの約款のなかのこの条項を援用することはできない、と判示する。<sup>(65)</sup>

以上は大まかにまとめれば、①その遵守が契約ないし義務の履行または損害防止のための前提を創出するところの義務からの免責は許されないこと、<sup>(66)</sup>②債権者は原則的に、みずからの債務の等価物としての契約相手方による契約履行のすくなくとも可能性を信頼することが許されるので、<sup>(67)</sup>契約目的の達成が危殆化されるような免責は許されないこと、<sup>(68)</sup>③枢要義務違反からの免責により約款は約款に優先する個別取決と矛盾することになるので、枢要義務違反の結果からの約款による免責は許されないこと、<sup>(69)</sup>④企業者はその給付内容を再点検したり損害を回避したりす

ることができるのに対し、顧客はそのための手段を有しないことといった理由から、<sup>(71)</sup> 枢要義務、<sup>(72)</sup> 給付義務、<sup>(73)</sup> 主義務、<sup>(74)</sup> 契約を支える（Vertragstragend）主義務、<sup>(75)</sup> 基礎的な（Grundlegend）義務、<sup>(76)</sup> 本質的な（wesentlich）義務について免責を許さなかったものといえよう。具体的には主義務と性格づけられたものとしては、貨物を目的港ですくなくとも船荷証券の返還と引換にその所持人に引き渡すべき海上運送人の義務、<sup>(77)</sup> 休暇用家屋および施設を提供すべき旅行主催者の義務、<sup>(78)</sup> 保管目的に適した空間を保管場所として選択すべき運送取扱人の義務、<sup>(79)</sup> 振替金額を振替受領者の口座に貸方記入すべき銀行の義務、<sup>(80)</sup> 判示をみるかぎり主義務とは性格づけられていないものとしては、注入経過を最初から最後まで監視すべき油供給業者の義務について免責が許されなかった。<sup>(81)</sup>

そこでは一部を除き枢要義務という言葉は用いられていないものの、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されないことを述べるさきにみた判例と同様の理由づけから、一部の判決にいたっては右判例の援用のもとに、<sup>(82)</sup> 様々な契約領域で免責が許されず、<sup>(83)</sup> このことは労務者または指揮的でない職員<sup>(84)</sup>の過失についての責任についてさえも同様であった。また、問題となった免責条項が義務からの免責ではなく責任からの免責を規定していた事案であったにもかかわらず、義務違反についての責任からの免責の可否の問題と義務そのものからの免責の可否の問題とを区別することなく、義務そのものからの免責の不許容性からその義務に対する違反についての責任からの免責の不許容性を理由づけなく導く、という特徴は、<sup>(84)</sup> ここでも同様にみられる。ただこの点<sup>[4]</sup>では、本件責任排除条項を通じてみずからの約束する給付義務から免れることは許されないという言い方がされており、義務そのものからの免責が許されないことと義務に対する違反についての責任からの免責が許されないこととの関係についての一つの理解（義務に対する違反についての責任からの免責は、その義務そのものからの免責を招くので、同様に許され

ない)がうかがわれる。

以上の事実にかんがみると、その遵守が契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務に關しての免責は許されないという、枢要義務に關しての免責は許されないとの準則は、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されないとの準則にとどまらない、普遍的な準則としての性格を有するものと評價できよう。<sup>(85)</sup>

## 5 小括

従來の独占地位の濫用による良俗違反の理論のもとでは、裁判所が免責の内容に対して規制を加えるには企業者の独占地位およびその濫用の存することが必要であつた。したがつて企業者の独占地位およびその濫用の存在が認められない場合には、過失責任からの免責は債務者本人の故意についての責任を対象とする場合を除き許容されるというBGBの立場が妥当したのである。しかし裁判所はその一方で、免責の援用の信義誠実違反の理論を開発し、このことにより、企業者の独占地位およびその濫用の有無にかかわらずなく免責の内容に対し規制を加えることが可能となつた。その結果確立された第一の準則は、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないとの準則である。これはすでに独占地位の濫用による良俗違反の理論によつても確認されていた準則であるが、ここでは企業者の独占地位およびその濫用の有無を問題にする必要がない、ということに独自の意義がある。

もつともこの準則の裏返しとして、企業者またはその指揮的職員の重過失でない過失や労務者または指揮的でない

い職員の重大な過責についての責任については、免責は当然に許容されない、ということにはならず、企業者はかなり自由にみずから免責することができた。このような領域においても免責内容への裁判所による規制を可能にしたのが、(イ)情報提供者が誤情報提供により利益を意図的に獲得した場合には免責は許されないと準則と、(ロ)枢要義務に関しては免責は許されないと準則である。ここでは過責の程度や過責のある主体いかにかわらず免責は許されず、このことにより、重過失責任からの免責は許されないと準則によれば企業者がかなり自由にみずから免責することのできた責任についても裁判所による免責内容の規制が加えられることになったのである。そのうち(イ)の準則が、情報提供者が誤情報提供により利益を意図的に獲得するという、若干特異な事例を対象としたのに対し、(ロ)の準則は、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責は許されないと航行法上の準則に起源を有するものではあったが、これにとどまらない普遍的な性格を有していた。すなわち、そこでは様々な契約領域を通じて、問題となった義務が枢要義務と認められれば、労務者または指揮的でない職員の軽過失についても免責は許されなかったのである。

ところで、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないと準則の根拠の一つは、企業者が業務遂行のための必要な能力と組織を備えていることへの信頼を保護することにあつたが、枢要義務に関しての免責は許されないとの準則の根拠の一つも、債権者は原則的に、契約相手方による契約履行のすくなくとも可能性を信頼することができるということであつた。さらに前章でみた独占地位の濫用による良俗違反の理論のもとでも、企業者またはその指揮的職員の過責が認められる場合には原則的に良俗違反性が肯定され、そこには、企業者は業務遂行のために必要な能力と組織を備えることについての責任からみずから免責することは許されな

いとの準則を確認することができた。各準則のあいだに沿革上の関連性を認めることはできないが、企業者の能力および組織に対する顧客の信頼を強行的に保護するという観点は、時代を通じて免責の可否の判断準則の確立に影響を与えたということができよう。次章では以上に確認されたこれらの準則が約款規制法規定に結実する立法過程を追ひ、次いで約款規制法施行下の判例の流れを考察する。

(注)

(1) なぜなら裁判所は本文掲記の判示につづけて、差戻後の原審によりAには有責性があるが被告は右情報からまったく利益を得ていなかったかあるいは請求額を下回る利益しか得ていなかったことが確認される場合には、Aが支店指揮者の了解および是認のもとに行爲したかどうか、支店指揮者に原告に対する損害惹起の故意があつたかどうかが問題であるとして、支店指揮者の故意の有無の検討を求めているが、Aの故意の有無は問題にしていなからである(もしAが指揮的職員であるならば裁判所はA自身の故意の有無の検討を求めれば足りたはずである)。

(2) そのほか連邦通常裁判所一九六二年九月二〇日判決(WMM 1962, 1220)も、被告銀行によるA社についての誤った信用情報を信頼してA社に掛けて建築資材を供給したと主張して、原告がA社の倒産により被った損害の賠償を請求した事案において、情報を提供した職員には、情報受領者に取引に入らせそのことから銀行の利益を得ようとの意図は認められない、として請求を棄却し、前掲連邦通常裁判所一九七〇年七月六日判決(NJW 1970, 1737)も、被告銀行によるA社についての誤った内容の信用情報書面を信頼してA社の手形債務を連帯保証したと主張して、原告がA社の倒産により被った損害の賠償を請求した事案において、被告が誤情報でもって自己の利益を追求したとのことは主張されなかった、として請求を棄却した。

(3) 原判決は、被告が五万DMを原告のものBの口座に振り替えたことにより右口座におけるBの債務残高は八、五三六・七〇DMに減少したが、その後Bの債務は五一、五七〇・二五DMまで増加したことを理由に、被告の信用供与は原告ではなくBの利益となつたと認定していた。これに対して裁判所は、①被告に信用供与された四万DMが振替によりたんに原告銀行のBの口座に入金されたことにより、この額において原告にとって脆弱なBではなく被告が債務者となつたことは、右準則にいう利益であつた可能性があること、②原告にとっての利益は、原告がその後すぐにBに新たに信用を供与したことにより除去された可能性があるが、原告

が新たな信用をもつば新たな決定および交渉に基づいて提供した場合などには、このことは妥当しないこと、③被告の振替はBの債務残高を元に戻すことに奉仕したとの証人Dの発言は原告の利益獲得を物語るが、銀行が関与する場合の銀行振替は通例なので、B宛の金員がBに現金で支払われずに原告のBの口座に入金されたことだけから原告の利益を肯定することは、困難であること、④右振替によりBの口座は五万DM分負担が減ったが、Bが原告とのあらかじめの取り決めににより、ただちにふたたびその口座の自分の信用を五万DMまで利用する権限を有していたならば、原告の利益は存在しないであろうところ、右振替の直後、Bの口座の債務残高が約四三、〇〇〇DMに増加したことはこのことを物語るが、当時Bが原告に二〇万DMを超える債務を負っていたとの事実はこのことと矛盾すること、⑤Bとの取引関係の継続がすでに原告にとって、通例の利息および付帯費用の入金により利益であった、との被告の主張にはその一般性の点で賛成することはできない——ただし、たとえば原告が右振替なかりせばBの悪状況ゆえに取引関係を直ちにあるいはもつとはやくに打ち切るか本質的に制限したであろう場合などある種の事情のもとでは利益を肯定しなければならない——ことを指摘して、原判決による右認定を支持しなかった。

(4) 前掲連邦通常裁判所一九五四年四月二八日判決も、銀行が誤情報によりどのような利益を得たかの検討を求めて事件を原審に差し戻している。

(5) そのほか前掲連邦通常裁判所一九七二年十二月二日判決（WM 1973, 635）、前掲連邦通常裁判所一九七三年一月一八日判決（NJW 1973, 456）および前掲連邦通常裁判所一九七四年一月二八日判決（WM 1974, 272）も、いずれも本文掲記の連邦通常裁判所一九七二年三月六日判決の参照指示のもとに、免責の援用が信義誠実違反により許されない可能性がある場合として、指揮的でない職員（第二被告）が銀行（第一被告）の特別の経済上の利益のため、十分に担保されていない取引先への与信の部分的な弁済を引き続き可能にしこれを促進すべく誤情報を故意に提供した場合、故意的に誤った情報が取引先との特定の取引の促進についての銀行の経済上の利益において提供された場合、故意的な誤情報の提供が貯蓄金庫の経済上の利益においてであった場合をそれぞれ挙げている。

さらに前掲連邦通常裁判所一九五五年一月五日判決（WM 1955, 230）は、その認定が事案の性格から困難であったためであろうか、銀行が現に得た利益と顧客の負担の額との数額上の関係を認定することなくこの準則の適用を認めている。これは、被告銀行の信用部門の専門担当者（Sachbearbeiter）Aおよび手形部門の指揮者B（両名とも指揮的職員性は否定された）がCについて誤った信用情報を提供した事案である。これを信頼して施主Cから左官工事代金を手形で受け取り損害を被った原告の損害賠償請求に対

し、裁判所は、①AおよびBは右情報が正しくなく原告に損害をもたらしかねないことを認識し、右情報提供を通じて原告が引き続いて労務を給付するように仕向ける意図であったこと、②被告の土地債務担保(Grundschuldsicherungen)は建築が終了した場合にしか経済上は認める担保貸付限界(Beliehungs Grenze)内に存しなかったもので、右労務給付は現実に被告の利益となったこと、③AおよびBは特別の信頼地位(Vertrauensstellung)を有していたことを認定して、免責の援用を認めず請求をほぼ全額認容するが、②を判示するに際して、他の建築職人による給付とは区別されてまさしく原告の給付が、原告の建築代金額に相応する経済上の等価物を数額上、被告にもたらしたかどうかを個々に確定する必要はなく、いずれにせよ原告の給付は被告の利益においてなされた、と判示している。

(6) ただしこの事実では、重過失責任からの免責は許されないと準則により請求が認容されている。

(7) この準則の適用のためには誤情報提供につき故意があることを要するかあるいは過失があれば足りるか、についても、判例の立場は定まっていない。すなわち、前掲連邦通常裁判所一九五四年四月二八日判決および前掲連邦通常裁判所一九五六年六月七日判決(WM 1956, 1056)は過失で足りることを明言する(前掲連邦通常裁判所一九七一年三月一九日判決も同様の趣旨と解される)が、前掲連邦通常裁判所一九七二年二月二一日判決は故意の場合に限定して右準則の適用を検討している。

(8) 以上に挙げた判決のほか、連邦通常裁判所一九七〇年二月二一日判決(WM 1971, 206)もこの準則の適用の可能性を指摘している。これも同様に、被告銀行によるA社についての誤った信用情報を信頼してA社に融資したと主張して原告銀行がA社の破産により被った損害の賠償を請求した事実である。

(9) 同項は以下のように規定する。「あらゆる種類の運送契約において、海上運送人は、船が堪航能力ある(seetüchtig)状態であり、適切に設備され、機装され、人員が配され、十分な貯蔵品が備えられていること(堪航能力(Seetüchtigkeit)」ならびに、船倉が冷蔵および冷凍室を含めて貨物の収容、運送および保存のために必要な状態にあること(堪荷能力(Ladungstüchtigkeit)について配慮しなければならない」。

(10) 各概念の説明は、Prüßmann/Rabe, Seehandelsrecht, 3. Aufl. 1992, §559 HGB Anm. B. 1. und C. 1. に于てなされた。

(11) この現行規定は、後述する一九三七年のHGB改正後のものである。右改正前の同条はその一項において、「あらゆる種類の運送契約(五五六条)において海上運送人は海上堪航能力ある状態の船を供給しなければならない」と規定し、その二項において、「海上運送人は船の瑕疵ある状態から発生するあらゆる損害につき、その瑕疵が通常の(ordentlich)海上運送人の注意を用いて発見さ

れることができなかった場合をのぞき荷送人に対し責任を負う」と規定していた。

(12) 以上の説明は、Pflümann/Kabe, a.a.O., vor §56 HGB Anm. I, B. ff.; Schaps/Abraham, Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland, Seehandelsrecht, 4. Aufl. 1978, Anh. III zum Abschn. 4: Das Internationale Abkommen zur einheitlichen Feststellung von Regeln über Komossemente (sog. Haager Regeln), A. Vorb. Rn. 1 に於いた。

(13) これは原告船舶所有者が被告に運賃の支払を請求したのに対し、被告が本文掲記の事故を理由にその一部の支払を拒否した事実である。裁判所は本文掲記のように判示して、被告の主張を正当と認めた。

(14) そのほかライヒ裁判所一八八五年九月三〇日判決 (HansGZ 1886 Hauptbl. Nr. 6) 〃ハンブルク上級地方裁判所一八九三年三月六日判決 (HansGZ 1893 Hauptbl. Nr. 27) 〃ハンブルク上級地方裁判所一八九七年三月六日判決 (HansGZ 1897 Hauptbl. Nr. 87) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九〇三年二月二七日判決 (HansGZ 1903 Hauptbl. Nr. 39) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九〇七年七月六日判決 (HansGZ 1907 Hauptbl. Nr. 126) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九一〇年一月二〇日判決 (HansGZ 1910 Hauptbl. Nr. 53) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九二一年一月二七日判決 (HansGZ 1912 Hauptbl. Nr. 50) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九一五年二月二〇日判決 (HansGZ 1916 Hauptbl. Nr. 44) 〃ライヒ裁判所一九二五年二月二二日判決 (RGZ 110, 224) 〃ハンブルク上級地方裁判所一九二六年一月一九日判決 (HansRZ 1926 Nr. 137) 〃ライヒ裁判所一九二八年一月二二日判決 (RGZ 120, 42) 〃ライヒ裁判所一九二九年一〇月一六日判決 (RGZ 125, 422) 〃ライヒ裁判所一九三七年一月六日判決 (SeuffArch. Bd. 91 Nr. 85) 〃ハンブルク地方裁判所一九三九年一月二五日判決 (HansRGZ 1939 B. Nr. 93) およびハンブルク上級地方裁判所一九六一年二月一四日判決 (Hansa 1962, 840) も同様に解釈規制により、原始的な海上堪航能力の欠缺についての責任からの免責に対応する。

(15) 前掲ハンブルク上級地方裁判所一九二六年一月一九日判決および前掲ハンブルク地方裁判所一九三九年一月二五日判決は解釈規制により右免責に対応するに際し、その許容性いかんは決する必要があると判示していた。

(16) 裁判所は「Hans Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags, Bd. 1, Mitteilungen der Gesellschaft für wirtschaftliche Ausbildung e. V., Heft 5, 1905-1909, S. 582 を引用する。Wüstendörfer は「枢要義務」概念を発見者とする (Kleanthis Roussos, Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Ein Beitrag zur Bedeutung der Organisationspflichten im Zivilrecht, 1982, S. 47 Fn. 38) 〃Wüstendörfer は右五八一頁



以下において、以下のように述べる。すなわち、船が發航に際して海上堪航能力を有することは、全航海の順調な成功のための動かすことのできな (unverrückbar) 基礎である。このことについての配慮でもって海上運送人は枢要義務を履行し、この義務履行を管理機関 (Kontrollorgan) の存分な利用を通じて確保することの妨げとなる事実上の障害は、すくなくとも母港においては存しない。それゆえ法は、そのことがときとして苛酷となろうとも、この義務の遵守を要求することが許される。海上堪航能力の欠缺の結果が、行動能力ある船舶所有者ではなく、関与せず防止措置をとることのできない荷積人を見舞うならば、それはもつと苛酷であらう、と。

(17) これは、被告造船所が引き受けた船の改造とオーバーホールがきちんとなされなかったため、船の利用喪失および燃料の余計な消費が生じた事案である。被告の供給および修理約款は、ドック入りもしくは滑走 (Slipung) または作業に際してまたはそれらを通じて船が引渡までに被る損害については責任を負わないこと、監視および保険については注文者自身が配慮すべきこと、いかなる種類の損害賠償請求権も排除されることなどを規定していた。原告船舶共有体の損害賠償請求に対し裁判所は、自己の過失および履行補助者のあらゆる過責についての責任は、その責任排除が個々の事例において B G B 一三八条違反を含むか、その主張が信義誠実の命令 (B G B 二四二条) に反するのでないかぎり法律上有効に排除され得るところ、右条項を法的に無効と解させるような特別の事由は本件では明らかでない、と判示して、請求を棄却した。

(18) もっとも裁判所は、四ツ爪いかりの欠缺とサルベージ船の呼び寄せとの間の因果関係の存在が明らかでないとして、原判決 (本件条項の効力を認めず請求を認容していた) を破棄し事件を原審に差し戻した。

(19) もっともこの準則のもとでは端的に免責の内容そのものの信義誠実違反性が問題とされることが多い (本文掲記の連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決のほか、後掲ハンブルク上級地方裁判所一九七一年二月二五日判決 (VersR 1972, 761)、後掲連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決 (VersR 1973, 1060)、前掲連邦通常裁判所一九七三年七月二日判決 (VersR 1974, 131)、後掲連邦通常裁判所一九七五年九月一八日判決 (Hansa 1977, 536) および後掲ハンブルク上級地方裁判所一九七九年三月一日判決 (VersR 1979, 812) がそうである。また後掲連邦通常裁判所一九七五年四月二一日判決 (VersR 1975, 1117) はある箇所では免責の援用の信義誠実違反性を問題とし、別の箇所では免責の内容そのものの信義誠実違反性を問題としてくる)。この点、免責の援用の信義誠実違反性の理論によるこれまでにみえてきた諸準則のもとでは免責の内容そのものの信義誠実違反性ではなく免責の援用の信義誠実違反性が原則的に問題とされていたのとことなる (もっとも重過失責任からの免責の拒絶の準則でもこの点は若干不徹底で

あったといえる）。

- (20) Max Mittelstein, Deutsches Binnenschiffahrtsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1903, §8 BinschG Ann. 2. a) S. 78; Otto Vortisch und Zschucke (ohne Vorname), Binnenschiffahrts- und Flößereirecht, Kommentar, 3. Aufl. von Vortisch, 1964, §8 BinschG Ann. 2. a) S. 53; なお内水航行法八条から一〇条までの規定は、その草案の理由書によれば、'主要点につきHGBの海商法規定にならなかつたものとされる' (Druckachen des Reichstags, 9. Legislaturperiode III. Session 1894/95 Nr. 81)。

- (21) これは、ライン川を航行中のしけが水位標をひっかけたため、第四船倉に穴が開きそこから侵入した水が他の船倉の運送品を毀損した事案である。はしけの所有者である第一被告および船長である第二被告が援用する船荷証券約款は、船の水上堪航能力が十分でないことの結果としての貨物のあらゆる毀損についての船舶共有体の責任は、その瑕疵がすでに発航前に発生したとされる場合であっても、船の堪性(Tauglichkeit)が検査委員会の有効な船舶証明書または公認された団体の類別証明書によって確認され証明されていた場合には排除されることを規定していた。運送品の保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、隔壁の開口部が信頼に値するように耐水的に甲板から仕切られることのできない船は、一つの船倉の浸水が他の船倉の運送品の毀損のみならず船の沈没を招きかねないので水上堪航能力を欠いているところ、本件において水が第四船倉から他の船倉に流入したのは隔壁の引戸が著しい汚れのために開口部を十分に閉鎖することができなかったためであること、而被告は有責に行爲したことを認定のうえ、水上堪航能力が十分でなかったことについての第一(原文は第一)となっているが、責任の根拠条文として挙げられる内水航行法八条四項は船舶所有者の責任を定めた規定であること、第二被告については別途、故意責任が認定されていることから第一の誤りと思われるので補正した——筆者注)被告の責任につき本文掲記のように判示して右約款による排除を認めず、請求をその根拠につき正当と解した。

- (22) VersR掲載の判決文をみるかぎり保険者であるかどうかは不明である。

- (23) 裁判所はこれに続けて、以上により、右大豆の毀損が右はしけの(原始的な)認識され得た堪荷能力の欠缺に基づくのか、あるいは、被告の従業員(Lette)による(後発的な)瑕疵ある積荷配慮に基づくのかが問題であるところ、原審のハンブルク上級地方裁判所一九七一年五月二七日判決(VersR 1973, 365)による、右はしけはすでに発航時に雨水排水溝が詰まっていたとの認定には瑕疵があると判示して、右認定により原始的な堪荷能力の欠缺を認め請求を認容していた原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

- (24) そのほか後掲連邦通常裁判所一九六八年一月二九日判決(VersR 1968, 468)、後掲ハンブルク上級地方裁判所一九七一年二月

二五日判決 (VersR 1972, 761) 後掲連邦通常裁判所一九七五年四月二二日判決 (VersR 1975, 1117) 後掲連邦通常裁判所一九七五年二月八日判決 (VersR 1976, 263) および後掲連邦通常裁判所一九八一年一月九日判決 (NJW 1982, 992) も——本文掲記の連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決のように、労働者または指揮的でない職員の不慮の過失に過ぎない場合にも免責が許されないと明言することはしていないが——過失がせいぜい労働者または指揮的でない職員にしか認められない事案において、原始的な堪航および堪荷能力の欠缺についての責任からの免責を許容していない。

(25) そのほかケルン上級地方裁判所一九七三年六月八日判決 (OLGZ 1973, 346) および前掲ブレーメン上級地方裁判所一九七三年一月一日判決も原始的な堪航および堪荷能力の欠缺に基づくのではない損害についての責任からの免責を許容している。

ケルン上級地方裁判所一九七三年六月八日判決は、原告が被告内水運送人に運送を委託した燐酸塩カリが雨でびしょ濡れになった事案である。原告の主張によれば、船がハッチを閉めずに発航したためであるとされた。被告の積込および輸送約款は、貨物の紛失または毀損や自然現象および天災についてのあらゆる責任は排除されることなどを規定していた。原告の損害賠償請求に対し裁判所は、本件では船は水上堪航能力を有していたので枢要義務違反は認められないとして、右条項により請求を棄却した。

(26) 前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決。

(27) 前掲連邦通常裁判所一九六六年六月二三日判決。

(28) 連邦通常裁判所一九六八年一月二九日判決 (VersR 1968, 466)。これは、第一被告が所有し第二被告が船長を務めるはしけをチャーターして原告が運送した自動車用板金が、濡りおよび錆損害を被った事案である。原審によればこれははしけが原始的に堪荷能力を欠いていたことが原因であり、第二被告はこのことにつき有責に行爲したと認定された。被告らの援用する積込および輸送約款は、船舶共有体および船長のあらゆる過責についての責任を排除していた。原告の損害賠償請求に対し裁判所は、約款のなかに含まれる船の水上堪航能力の欠缺についての船舶所有者の責任排除は無効であることを判示するとともに、本文掲記のように判示して右条項の効力を認めず請求を認容した。なお VersR 掲載の判決文をみるかぎり、第一被告の過責の有無および第二被告の指揮的職員性については検討されていない。

(29) ハンブルク上級地方裁判所一九七一年二月二五日判決。これは、第一被告が所有し第二被告が船長を務める沿岸ディーゼル船が碇泊地で転覆し、積荷の食料品が紛失した事案である。第一被告の援用する船荷証券約款は、保管、積込および荷揚の間の積荷の毀損または紛失について、および、船長(同時に所有者または海上運送人である場合も)を含む乗組員ならびにその他の補助者および

受任者の過責による損害について責任を免れることを規定していた。食料品の受取人である原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、船は積荷の瑕疵ある積載かあるいは碇泊地の欠陥ある選択ないし調査が原因で運航能力を欠いていたこと、第二被告には過失があることを認定のうえ、本文掲記のように判示して右条項の効力を認めず、請求を認容した。なお VersR 掲載の判決文をみると、第一被告の過責の有無および第二被告の指揮的職員性については検討されていない。

(30) 前掲連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決。

(31) 前掲ブレーメン上級地方裁判所一九七三年一月一日判決 (VersR 1973, 759)。ただし VersR 掲載の判決文をみると、なにより本文掲記の核領域に属するののかについての説明はみられない。また本判决では顧客が原始的な海上堪航および曳航能力に関する主張をしなかったため、本件条項の効力をこの観点から実際に検討することはなされなかった。

(32) 連邦通常裁判所一九七五年四月二二日判決 (VersR 1975, 1117)。これは、被告港湾運送人がディーゼル船からはしけへの積替と運送を引き受けたクラフト紙がはしけの転覆により損害を被った事案である。原審のハンブルク上級地方裁判所一九七三年一月八日判決 (VersR 1974, 645) の認定によれば、船長 A による誤った荷積が原因であった。被告の援用する、港湾貨物航行を営むハンブルク港の会社の約款 (Allgemeine Bedingungen der Hafenfrachtschifffahrt betreibenden Firmen des Hafens Hamburg) の一九号は責任排除を、二四号は一万 DM への責任制限を規定していた。クラフト紙の保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所ははしけの原始的な水上堪航能力の欠缺を認定のうえ、本文掲記のように判示して請求を認容した。なお VersR 掲載の判決文をみると、被告の過責の有無および A の指揮的職員性については検討されていない。

(33) 前掲連邦通常裁判所一九七五年九月一八日判決 (Hansa 1977, 536)。

(34) 連邦通常裁判所一九七八年三月二〇日判決 (VersR 1978, 557)。これは、被告内水運送人が運送を引き受けたソーダが、運送に用いられたはしけのビルジ水の水位が高かったために湿り損害を受けた事案である。被告の主張によれば、その援用する元請運送人の船荷証券約款および自身の積込および輸送約款は責任排除を規定していた。また被告の積込および輸送約款は責任を一〇〇 kg あたり一〇グレン（オランダの通貨単位）に制限し、なおかつ付属設備を含めた船の価額を上限としていた。運送を委託した原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、事故が通常の運送人の注意を用いても回避され得なかった事情により招致されたことは認められないこと、はしけは原始的に堪荷能力を欠いていたことを認定のうえ右責任排除条項の効力を認めず、右責任制限条項についても本文掲記のように判示してその効力を認めず、請求を認容した。

(35) ハンブルク上級地方裁判所一九七九年三月一日判決 (VersR 1979, 812)。これは、被告運送取扱人が運送を引き受けた屋根板が荷崩れし毀損された事案である。屋根板の保険者である原告の損害賠償請求に対し、被告は ADSP による免責を主張しようである。裁判所は船の原始的な海上堪航能力の欠缺を認定のうえ、本文掲記のように判示して右条項の効力を認めず請求を認容した。なお VersR 掲載の判決文をみるかぎり過責の有無については検討されていない。

(36) 前掲ケルン上級地方裁判所一九七三年六月八日判決。

(37) 前掲連邦通常裁判所一九七三年七月二日判決。

(38) [1]、[4]、[5]、[7]、[8]、[9]および[10]。そのほか[2]および[3]では、堪航および堪荷能力ある船を提供すべき義務は枢要義務であるとのことにより、免責の不許容性が根拠づけられ、[5]および[12]では免責の可否の判断に際して、その存在が運送契約のきちんとした (ordnungsgemäß) 履行を最初から排除するところの瑕疵を対象とする責任排除であるかどうか問題とされている。

(39) [6]。

(40) [11]。

(41) [1]、[4] および [7] および [10]。

(42) [5] および [12]。

(43) [1]、[2]、[4]、[5]、[7] および [10]。

(44) 前掲連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決。

(45) 前掲連邦通常裁判所一九六六年六月二三日判決。

(46) 前掲ハンブルク上級地方裁判所一九七一年二月二五日判決。

(47) 前掲連邦通常裁判所一九七五年四月二一日判決および後掲連邦通常裁判所一九七五年九月一八日判決 (Hansa 1977, 536)。

(48) 前掲ハンブルク上級地方裁判所一九七九年三月一日判決。

(49) 連邦通常裁判所一九七九年一〇月二五日判決 (VersR 1980, 65)。これは、被告内水運送人が運送を引き受けた燃料油が、船倉の床に穴が開いたため紛失した事案である。被告の主張によれば、被告のタンカー航行船荷証券約款は責任からの免責を規定していた。燃料油の保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所は本文掲記の原始的な水上堪航能力の欠缺により右条項の効力を認めず、請求をその根拠につき正当と解した。なお VersR 掲載の判決文をみるかぎり過責の有無については検討されていない。

契約による過失責任の免責 (三)

- (50) 前掲連邦通常裁判所一九六八年一月二九日判決。
- (51) 前掲連邦通常裁判所一九七三年六月二五日判決。
- (52) 連邦通常裁判所一九七五年二月八日判決（VersR 1976, 263）。これは、被告Aが所有し被告Bが船長を務めるディーゼル船で運送された米に湿り損害が生じた事案である。被告の主張によれば、その援用する船荷証券約款は免責を規定していた。米の保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所はBの過責を認定のうえ、本文掲記の原始的な堪荷能力の欠缺により右条項の効力を認めず、請求をその根拠につき正当と解した。なおVersR掲載の判決文をみるかぎりAの過責の有無およびBの指揮的職員性については検討されていない。
- (53) 前掲連邦通常裁判所一九七八年三月二〇日判決。
- (54) 連邦通常裁判所一九八一年一月九日判決（NJW 1982, 992）。これは、第一被告が機装し第二被告が船長を務めるディーゼル船で運送されたカオリンが汚染された事案である。第一被告の船荷証券約款は責任免責を規定していた。カオリンの保険者である原告の損害賠償請求に対し、裁判所は原告主張の本文掲記の原始的な堪荷能力の欠缺を前提に第二被告の過責が存在する可能性を指摘し、原判決（被告らの過責を否定するなどして請求を棄却していた）を破棄し事件を原審に差し戻した。なおNJW掲載の判決文をみるかぎり、第一被告の過責の有無および第二被告の指揮的職員性については検討されていない。
- (55) 前掲ケルン上級地方裁判所一九七三年六月八日判決。
- (56) 前掲連邦通常裁判所一九七五年四月二一日判決にも同様の判示がみられる。
- (57) これは、被告所有の内水航行ディーゼル船が誤った荷積の結果安定性を失い、積荷の挽材が紛失した事案である。被告の援用する積込約款は、安定性の瑕疵および積載の欠陥の結果としての貨物の紛失または毀損についてのあらゆる責任を排除していた。右紛失により損害を被った原告の損害賠償請求に対し、第一審は請求をその根拠につき正当と解したが、控訴審は積載の欠陥によっては水上堪航能力は影響を受けないとして右条項により請求を棄却していた。これに対して裁判所は被告の重過失を認定のうえ、①本文掲記のほか、②かりに内水航行法八条が水上堪航能力概念を本文掲記の意味よりも狭い意味に用いているとしても別の法的観点のもとで検討されるべき免責問題には関係ないこと、③内水航行法八条各項の解釈から、船の原始的な水上堪航能力の欠缺を認め、右条項の効力を認めず第一審判決を支持した。
- (58) 判示は、原告による上告の主張が妥当する場合に免責が許されないのかどうかについてはなんら検討していないが、前掲連邦通

常裁判所一九五六年三月一六日判決の引用のもとに本文掲記のように判示していることからすると、これを許さないと趣旨といえよう。

(59) 備船契約書は船長および乗組員の過責による貨物の紛失からの一般的な免責を規定していた。原告の損害賠償請求に対し原判決のデュッセルドルフ上級地方裁判所一九七二年六月八日判決 (VersR 1973, 50) はHGB六六二条により右条項の効力を認めず請求をほぼ全額認容していた。これに対し裁判所はHGB六六二条の適用を否定したが、本文掲記のように判示して右条項の効力を認めなかった。もともと裁判所は、船荷証券の返還なく積荷を引き渡すことを原告または荷送人が承認したことの可能性などの検討を求めて、原判決を破棄し事件を原審に差し戻している。

(60) 本件休暇用家屋が十分なスペースと快適な休暇滞在を提供するに適していないにもかかわらず、被告のパンフレット中の誤った情報に基づき賃貸借契約に署名し賃料を支払った原告の損害賠償請求に対し、裁判所は、本文掲記のように判示した。

(61) BB掲載の判決文をみるかぎり事案の詳細は不明である。

(62) 被告の供給約款は、あらゆる種類の損害賠償請求権は、それが水道供給の制限または遮断、水の性質や水圧の変化、その他の理由によろうとも、故意が存しないかぎり排除されることを規定していた。原告の損害賠償請求に対し裁判所は本文掲記のように判示して、事実関係の確定を求めて事件を原審に差し戻した。

(63) 被告の販売および供給約款は、買主のタンクが供給の商品を品質および量につき収容し得るかどうかを再点検する義務を負わないこと、タンクからのあふれ出しなどに基づく費用、紛失および損害は買主の負担に帰することを規定していた。原告の損害賠償請求に対し裁判所は本文掲記のように判示して、請求をその根拠につき正当と解した。

(64) 被告の援用するADP五一一条および五四条は責任制限を規定していた。米の保険者である原告の損害賠償請求に対し、原審は右条項などを理由に請求を棄却していたが、裁判所は本文掲記のように判示のうえ、運送および保管に用いられたはしけの木製のハッチ底が荷積時に湿った状態であったとの原告の主張の再検討を求めて、原判決を破棄し事件を原審に差し戻した。

(65) 原告の損害賠償請求に対し裁判所はまず、振替委託において本件のように受取人名は正しく指定されたが、誤って存在しないまたは第三者の口座番号が指定された場合には原則的に受取人名が基準となるので、本件誤記帳により被告はHGB六六五条にいう指図に違反したことを認定のうえ、被告による本文掲記の約款条項援用につき本文掲記のように判示して請求を認容した(ただし原告につき三分の二の共働過責を認定)。

- (66) [1]、[2]、[7]および[9]。  
 (67) [6]。  
 (68) [3]、[6]、[8]および[9]。  
 (69) [2]。  
 (70) [4]および[7]。  
 (71) [2]。  
 (72) [4]。  
 (73) [3]、[5]および[9]。  
 (74) [8]。  
 (75) [3]および[5]。  
 (76) [6]。  
 (77) [3]。  
 (78) [5]。  
 (79) [8]。  
 (80) [9]。  
 (81) [7]。  
 (82) [1]および[9]。  
 (83) [8]が明言するところである。そのほか[3]および[7]も、その趣旨を明言していないものの、労務者または指揮的職員とは認定されない職員の過失についての責任からの免責を許容しなかった。  
 (84) [3]、[5]、[6]および[8]。  
 (85) なお枢要義務に關しての免責は許されないとの思想は、免責条項の解釈の場面や重過失責任からの免責は許されないとの準則における重過失の認定の場面にもあらわれる。連邦通常裁判所一九六七年十一月二九日判決（NJW 1968, 588）（銀行間の電話による小切手確認（Scheckbestätigungen）の事案。解釈規制。「両当事者は相互の小切手照会において、信頼に値する情報を提供し受



領するについての利益しか有しない。この必要不可欠な信頼性は、双方が必要な場合には提供された情報が正確であり完全であることにつき責任を負う意思である場合にのみ担保される。それゆえ、金融機関はお互いの取引において、電話による小切手確認についての責任からはみずからを免責しない意思である、と認定せざるを得ない。そうでなければ電話による小切手確認の手続は無価値であろうからである」、連邦通常裁判所一九六九年六月一八日判決 (NJW 1969, 1708) (自動車販売にともなう引渡検査の事実解釈規制。「引渡検査は、それがフォード販売商によって最大限の注意をもって遂行されることを買主が信頼することができない場合には買主にとって意味がないであろう。それゆえ自動車販売商がこの義務の有責な違反に基づく請求権からもみずからを免責する意思であることは自明ではない」、前掲[6]連邦通常裁判所一九七八年四月一九日判決(解釈規制。「供給管が最初から、それを通じては約束された給付がきちんと (ordnungsgemäß) もたらされ得ないほどに不適切に設備された場合には」本件免責条項は適用されない)、前掲連邦通常裁判所一九六九年三月一三日判決 (WM 1969, 561) (「運送品を無傷で引き渡すべき運送人の枢要義務」にもかかわらず、不十分な間欠的監視に甘んじた港湾運送人に重過失を認定)および前掲連邦通常裁判所一九七三年七月一三日判決 (WM 1973, 1238) (「契約履行のための前提をはじめて創出するところの基本義務 (Grundpflichten) の違反」の存在により重大な組織瑕疵を認定)。

## 五 約款規制法による内容規制

### 1 はじめに

債務者本人の故意についての責任を対象としないかぎり過失責任からの免責を許容するBGBのもとで、裁判所が過失責任からの免責に對しどのように内容規制を行ってきたかは以上にみてきたとおりである。ところで過失責任からの免責は、その多くはいわゆる約款<sup>(1)</sup>を通じて取り決められてきた。約款は通常、企業者によって一方的に作成されることから、契約の他方当事者である顧客には個々の契約内容について交渉する余地はなく、顧客は、約款

によりすでに内容が確定された契約を締結するか否かの自由を有するに過ぎない。業種によつてはすべての企業者が同一内容の約款を利用していることから、当該業種による商品ないしサービスの提供を欲する顧客は契約を締結しない自由さえも事実上有しない。<sup>(2)</sup>

こうした状況のもとでは、約款の内容が不合理なものであった場合には、顧客は不当な不利益を被ることになる。一九七六年に制定され、一九七七年四月一日より施行された約款規制法は、そうした不合理な内容の約款を規制する機能を有するものであり、そこには、前章までにみてきた過失責任からの免責に対する内容規制のための諸準則とのあいだに沿革上の関連性があるのではないかと思われるいくつかの規定が置かれている。すなわち九条は無効な条項を規定する第二節のなかで、一般条項として、

- (1) 約款の規定は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の命令に反して不適切に不利益化する場合には無効である。
- (2) 規定が、

- 1 逸脱される法律規制の本質的な基本思想と相容れない、または、

- 2 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限する場合

場合には、疑わしき場合には不適切な不利益化が認定されなければならない、

と規定し、一一条は評価余地なき条項禁止としてその七号に重大な過責の場合の責任を、その八号に遅滞、不能を挙げる。すなわち約款においては、七号により、

約款使用者の重過失的な契約違反に、または、約款使用者の法律上の代理人もしくは履行補助者の故意的もしくは重過失的な契約違反に基づく損害についての責任の排除または限定

が、八号により、

約款使用者の給付遅滞または約款使用者の責めに帰すべき給付不能の場合について、

a) 契約の他方当事者の契約解除権を排除もしくは制限する、または、

b) 契約の他方当事者の損害賠償請求権を排除もしくは七号に反して制限する規定

が、それぞれ無効であると規定される。

もつとも一一条は、二四条が人的適用範囲としてその一文一号に、

商人に対して利用される約款には、当該契約がその商人の営業に属する場合には、二条、一〇条、一一条および一二条の規定は適用されない、

と規定しているため、対商人取引には適用されない。ただし二四条二文は、

一文の場合、九条は、一〇条および一一条に挙げられる契約規定がその結果、無効となる場合であっても、適用されなければならぬ。ただしその際、商取引において適用される慣習および慣行に対して適切な考慮が払われなければならぬ、

と規定している。

そこで以下ではまず、これらの規定が置かれるにたった立法過程を追うことにより、これらの規定と前章までにみてきた諸準則とのあいだに沿革上の関連性があるのかどうか、これらの規定がどのような趣旨で置かれるにいたったのかを確認し(2)、次いで、免責に対する裁判所の内容規制がこれらの規定のもとでどのような動きを示したのかを追うこととする(3)。

## 2 約款規制法の制定

### (1) はじめに

右に挙げた約款規制法の諸規定のうち九条二項二号は、その遵守が契約の履行のための前提をはじめて創出するところの義務に關しての免責は許されないという、枢要義務に關しての免責は許されないとの準則を受け継いだものかどうか、がまず第一の検討課題である。同号の文言をみるかぎりではこの問いは肯定されるべきに思われるが、のちに紹介する同条の制定過程をみると、問題はそう単純ではない。そこで同号の由来を探る作業が必要となるのである(2)。

第二の検討課題は、約款規制法一条七号は、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないとの準則を受け継いだものかどうか、である。このこととの関連では以下の二点がさらに問題となる。その一つは、前章までにみえてきた準則によれば、重過失責任からの免責が当然に許されないのは企業者またはその指揮的職員に重過失があった場合のみであつたのに対し、一条七号は企業者の法律上の代理人または履行補助者に重過失があった場合につき、それが指揮的職員であるかどうかを問わず一律に重過失責任からの免責を禁じていることである。つまり重過失責任からの免責がなゆえ、重過失の存する主体のいかんを問わず一律に禁止されるにいたつたのかを確認しておくことが必要となる(3)。

もう一つは、約款規制法二四条が対商人取引への一条の適用を否定していることである。つまり前章までにみえてきた準則によれば、重過失責任からの免責は対商人取引においても、重過失の存する主体が企業者またはその指揮的職員である場合には当然に許されなかった。この点、約款規制法は二四条が対商人取引への一条の適用を否

定しているので、対商人取引においては、重過失の存する主体が企業者またはその指揮的職員であっても重過失責任からの免責を許容する趣旨なのかどうか、が問題となるのである。もっともこの点、二四条二文の前半部分により、九条の適用を通じて重過失責任からの免責の無効を導く可能性が認められているが、そうであるにしても、前章までにみてきた準則によれば企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は、対商人取引の場合であっても当然に許されないと解されていたのであり、約款規制法制定に際してこの事実がどのように評価されたのか、約款規制法の立法者はこの点について、免責に対する内容規制を以前の法状態よりも後退させる趣旨なのかどうか、を確認しておく必要がある(4)。

第三の検討課題は、なにより約款規制法一条八号が給付の遅滞または不能の場合について、過責の程度さえも問うことなく損害賠償請求権の排除を禁止したのか、である。とくに前章までにみてきた諸準則のなかには約款規制法一条八号に相当するものを見出し難いだけにこのことは興味深いところであるし、重過失責任からの免責を禁止する約款規制法一条七号との関係も気にかかる(5)。以下、検討する。

## (2) 九条二項二号の沿革

制定法による約款法規制をめぐっての議論はすでに一九五〇年代にはじまるが、その必要性を公的にはじめて確認したのは、一九七一年一〇月に連邦政府が連邦議会に提出した消費者政策についての報告書である(3)(4)。一九七二年一二月には連邦司法大臣によって、法学界、裁判所、経済界、消費者ならびに連邦およびランドの司法および経済部局の代表者からなる作業グループが設置され、この作業グループは一九七四年三月に第一次部分報告書(5)を提出す

る。この第一次部分報告書は、約款からの消費者保護の改善のための実体法上の解決諸提案を内容とする法律草案をその中核としており、その六条は一般条項として以下のように規定していた。

- (1) 約款は、全契約内容の顧慮のもとで双方の利益を適切に調整する場合にのみ有効である。
- (2) 約款は、

- 1 逸脱される一般のまたは特別の法律規制の正義内容が本質的に侵害され、または、
- 2 契約の性質から、または、契約の社会生活観により形成されるモデル (Leitbild) から生じる本質的な権利または義務が、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限される場合にはつねに無効である。

理由書はこのうち二項について、以下のように説明している。

六条二項は、六条一項の一般条項を二つの方向で拡大する。すなわち一つには、法律規制の正義内容を本質的に侵害する条項は厳しく否認される。もつとも法律規制は、すべての契約類型を——とくに新たに生じた契約類型を——法的に相対に把握することはできない。そのような場合のために、正義命令は別の方法で書き改められなければならない。それゆえさらに、契約の性質から、または、契約の社会生活観により形成されるモデルから生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限する条項もまた、厳しく否認される<sup>(6)</sup>。

つまり、法律規制の正義内容という二項一号の基準は、任意法の成文および不文規範のいわゆるモデル機能についての判例により展開された諸原則にならったものであるが、民法法の領域によっては、任意の法律規制という私たちの手引きが存在しないので、二項二号にもう一つの基準を置くことが勧告されたのである。<sup>(8)</sup> このもう一つの基準について理由書は、以下のように説明する。

この勧告の基礎には、契約の性質または契約の社会生活観により形成されるモデルからしばしば、契約当事者の枢要な(kardinal)権利および義務が導かれる、との観念が存する。またこの思想は、すでに最高裁判例によつてその輪郭を示されている。すなわち最高裁判例はたとえば、免責条項使用者は免責条項により枢要義務から免れるときには契約の意味を空洞化させるであらうとの指摘のもとに、免責条項の有効性を否定してきた。そのような枢要な義務または権利が契約目的の達成が危殆化されるようなやり方で制限される場合には、当該約款は問題なく無効である、とされたのである。

そのような最高裁判決の例として理由は、堪航能力ある船の提供に関するものとして連邦通常裁判所一九五六年三月一六日判決(WM 1956, 826)<sup>(9)</sup>、連邦通常裁判所一九六六年六月二三日判決(VersR 1966, 871)<sup>(10)</sup>および連邦通常裁判所一九六八年一月二九日判決(VersR 1968, 468)<sup>(11)</sup>を、燃料油注入の監視に関するものとして連邦通常裁判所一九七一年二月二四日判決(NJW 1971, 1036 = VersR 1971, 515)<sup>(12)</sup>を、乗用車引渡検査の場合の義務に関するものとして連邦通常裁判所一九六九年六月一八日判決(NJW 1969, 1708)<sup>(13)</sup>を挙げている<sup>(14)</sup>。

以上によれば第一次部分報告書草案六条二項二号は、一号が任意の法律規制のいわゆるモデル機能により約款の内容規制を行おうとしたのに対し、新種の契約類型の場合など手引きとなる任意の法律規制が存しない場合のために、枢要義務に關しての免責は許されないと準則を導入したものといえよう。もともと、二号の基準が任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができない場合のために置かれたことは、二号の基準はそのような場合を適用領域とするとの理解を生ぜしめ得る<sup>(15)</sup>。しかし枢要義務に關しての免責は許されないと準則は、四四にみたかぎりでは、任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができない場合にはじめて適用されるというものではなく、任意の法律規制のいわゆるモデル機能による約款の内容規制とはかかわりのない独立した準則

であつた。第一次部分報告書草案六条二項二号が枢要義務に關しての免責は許されないとの準則を受け継いだものであることは、理由書が右準則を述べる最高裁判例を判決例をも示して援用していることから明らかなであるが、任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができない場合のために置かれたということと、右準則を受け継いだということがどういふ關係に立つのかは、理由書をみるかぎり今一つ明らかでない。<sup>(16)</sup>

第一次部分報告書草案六条は一九七四年六月、条文見出しが「適切な利益調整の原則」と修正されたのを除きそのまま報告者草案<sup>(17)</sup>六条となつた。理由書の内容も、第一次部分報告書草案のそれと同じである。<sup>(18)</sup>

報告者草案は、關係各方面からの意見聴取に基づく修正を受けたあと政府草案<sup>(19)</sup>となり、政府草案は一九七五年八月、連邦議會に提出される。政府草案七条は無効な条項を規定する第二章のなかで、適切な利益調整の原則として以下のように規定していた。

- (1) 約款の規定は、契約關係者の利益を信義誠実の命令により適切に調整していない場合には無効である。
- (2) 規定が、

- 1 逸脱される法律規制の本質的な原則と相容れない、または、
- 2 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限する場合には、疑わしき場合には適切な利益調整は認定されてはならない。

理由書はこのうち二項について、一号の基準は、任意法の成文および不文規範のいわゆるモデル機能についての判例により展開された諸原則になつたものであり、二号の基準も最高裁判例によってその輪郭を示されている、と説明し、この最高裁判例について、第一次部分報告書草案にけると同様の内容説明を行い、同一の諸判決を引



用している。したがって政府草案七条二項二号も、第一次部分報告書草案六条二項二号と同様、概要義務に關しての免責は許されないと準則を受け継いだものといえよう。なお第一次部分報告書草案の理由書では、二号の基準は任意の法律規制という手引きが存在しない場合のために置かれたと説明されていたが、政府草案の理由書ではこの説明は抜け落ちてゐる。このことについて理由はなにも説明していないため、このことをどのように理解すべきかが問題となる。つまり政府草案七条二項二号では、理由書に右説明が抜け落ちてゐるため、二号の基準は任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができない場合を適用領域とするとの理解が、第一次部分報告書草案六条二項二号におけることとなり出てこないのである。そこにはあるいはこのような理解を排除する意図があるのかもしれない。しかし政府草案が沿革的には第一次部分報告書草案を引き継いだものであり、右抜け落ちについて説明がなされていない以上、政府草案七条二項二号は、第一次部分報告書草案六条二項二号と同じ趣旨に理解すべきであるともいえる。結局のところ、政府草案七条二項二号が概要義務に關しての免責は許されないと準則を受け継いだものであることは明らかであるが、このことと任意の法律規制のいわゆるモデル機能による約款の内容規制とがどういう關係に立つのかは、第一次部分報告書草案におけると同様、理由書をみるかぎり今一つ明らかでない。

ところで以上にみてきた政府草案とは別に、野党であるキリスト教民主同盟およびキリスト教社会同盟会派も、一九七五年一月に連邦議會に法律草案（CDU/CSU草案<sup>(20)</sup>）を提出している。その基礎となつたのは、キリスト教民主主義法律家の連邦作業グループにより設置された消費者保護専門委員会が一九七四年七月に議決した法律草案<sup>(21)</sup>である。消費者保護専門委員会草案七条は無効な条項を規定する第二章のなかで、一般条項として以下のように規定し

ていた。

(1) 約款の規定は、これを契約の基礎に置いた者に対して、信義誠実が契約相手方の利益をも十分に顧慮することについて取引慣行にかんがみ要求するところに反して、不適切な利益をもたらす趣旨である場合には、無効である。

(2) 規定が、排除される法律規制の本質的な原則と、または、法律上規制されていない契約形態の場合には社会生活観により生ぜしめられた法原則と相容れない場合には、その規定の無効性が推定される。この推定は、当事者がその規定について、みずからの利益に基づくに過ぎないのではない説得力ある理由を証明する場合には妥当しない。

理由書はこのうち二項について、同項は実務上もつとも重要な場合を、つまり約款が法律の任意規定のまたは法律の外で生じた契約類型の基礎にある観念から本質的に逸脱する場合を考慮するものである、と説明している。このことについてはこれ以上の説明はなされておらず、枢要義務からの免責は許されないと準則についてもまったく触れられていない。<sup>(22)</sup>これに対して消費者保護専門委員会草案一二条は、契約上の主義務の排除として以下のように規定していた。

約款を通じて契約上の主義務を排除または制限することはできない。

理由書は同条について以下のように説明する。

給付の交換に向けられたあらゆる契約は、契約当事者の負う一定の主義務を予定している（たとえば売買では目的物を引き渡し、所有権を取得させること、保証した性状につき責任を負うこと、対価を支払うこと、船舶所有者が締結した運送契約では船が海上堪航能力を有すること、住宅向けの燃料油売買では燃料油をタンクに注入すること、等々）。判例は、そのような主義務からの免責を目的とする約款条項には効力を認めない（前掲連邦通常裁判所一九六八年一月二九日判決および前掲連邦通常裁判所一九七一年二月二四日判決）。約款のなかでの主義務からの免責が無効であることは、しばしば

すでに、有効な取入契約が「不意打ち条項」の観点により存在しないことから、また、約款に対する個別契約の優先から生じる。主義務からの免責は結果的に、契約の重大な部分の変更、しばしば破棄を意味する。しかしより一層の分かりやすさのため、この禁止は、絶対的に許されない条項のカatalogのなかに明示的に記されるべきであろう。

消費者保護専門委員会草案一二条が枢要義務に關しての免責は許されないとの準則を受け継いだものであることは、理由書が挙げる諸判決からも明らかであろう。ただ、枢要義務に關しての免責は許されないとの準則が最初に確立された船の堪航および堪荷能力事案では主義務という言葉は用いられていないし、そこで実際に問題にされたのも主義務性ではなく、その遵守が契約の履行のための前提をはじめて創出するという枢要義務性であった(四4(1)参照)。また右準則が船の堪航および堪荷能力とは關係のない事案で適用された場合においても、——たしかに一部を除き枢要義務という言葉は用いられず、また、主義務という言葉が用いられることも少なくなかったが——そこで実際に問題とされたのはやはり、主として枢要義務性であった(四4(2)参照)。理由書に挙げられる二つの判決においても以上のことは同様にうかがわれるのであって、消費者保護専門委員会草案が枢要義務という言葉ではなく主義務という言葉を用いていることの当否については議論の余地があらう。

これに對して消費者保護専門委員会草案七条が枢要義務に關しての免責は許されないとの準則を受け継いだものであるかどうかは、問題である。右準則が受け継がれたとすればそれは七条二項一文の「規定が社会生活觀により生ぜしめられた諸原則と相容れない場合」という部分においてであらうが、①同部分はその適用を明示的に、法律上規制されていない契約類型の場合に限定されているところ、右準則はそのようなものではなかったこと、②理由書は右準則についてまったく触れていないことからすれば、同部分を右準則を受け継いだものと理解することは困

難であろう。

ところで消費者保護専門委員会草案七条は、①約款条項の無効性を定める一般条項であること、②一項で一般原則を掲げ、二項でその具体化を図るという構造を有し、その具体化に際して一方で任意の法律規制を、もう一方で契約をそれぞれ基準としていること、といった点で第一次部分報告書草案六条および政府草案七条と共通であり、これら規定に相当する規定であるといえる。そうした消費者保護専門委員会草案七条が右準則を受け継いだものではないのとすると、逆に、第一次部分報告書草案六条二項二号や政府草案七条二項二号も右準則を受け継いだものではないのではないかと、との疑問が生じ得る。とくに第一次部分報告書草案六条二項二号では、その適用が法律上規制されていない契約形態の場合に限定されるとの趣旨が、理由書中の記述からうかがえなかったのである。しかし、消費者保護専門委員会草案七条が第一次部分報告書草案六条および政府草案七条に相当する規定であるにしても、それぞれの起草者がその内容として考えていたものが完全に一致するとは当然にはいえないので、第一次部分報告書草案六条および政府草案七条は枢要義務に關しての免責は許されないとの準則を受け継いだものであるが、消費者保護専門委員会草案七条はそうではないということも不思議ではない。枢要義務に關しての免責は許されないことを述べる諸判決が第一次部分報告書草案および政府草案ではそれぞれ六条ないし七条についての理由書の部分で挙げられ、消費者保護専門委員会草案では七条ではなく一二条のところで挙げられている事実は、このことを物語ろう。あるいはまた消費者保護専門委員会草案七条は枢要義務に關しての免責は許されないとの準則の継受を排除するものではなく、同条は右準則を内容としており、一二条は右準則を念のため確認したものに過ぎない、との理解も可能かもしれない。いずれにしても第一次部分報告書草案六条二項二号および政府草案七条二項

二号については、それぞれの理由書が枢要義務に關しての免責は許されないと準則を述べる最高裁判例を援用していることから、右準則を受け継いだものであることを否定することはできないであろう。

消費者保護専門委員会草案七条および一二条は一九七五年一月、そのままCDU/CSU草案のそれぞれ七条および一二条となる。理由書の内容も、消費者保護専門委員会草案のそれと同じである。<sup>(23)</sup>

連邦議會に提出された政府草案およびCDU/CSU草案は、一九七五年九月と同年四月のそれぞれの第一読会で、ともに法務委員會を主査委員會とする委員會審査に付され、法務委員會は一九七六年六月、本會議に対し一つの草案を提示しその受け入れを勧告する。<sup>(24)</sup>その報告書によればこれは、政府草案およびCDU/CSU草案の両草案をいくつかの修正および補完——その一部は多数決により決せられた——のもとに受け入れることを勧告するものであった。<sup>(25)</sup>もつとも法務委員會での實際の審議は政府草案を基礎になされ、このことについて報告書は、どちらかの草案を基礎に審議することが——なかでも、両草案には条項禁止の問題で体系上の違いがあるがゆえに——必要であったところ、法務委員會の多数は政府草案の体系の方を好んだと述べている。<sup>(26)</sup>

以上のような法務委員會の審議方針のためであろうか、法務委員會草案九条は無効な条項を規定する第二章のなかで一般条項として、政府草案七条とほぼ同じ以下の規定を置いた。

- (1) 約款の規定は、約款使用者の契約相手方を信義誠実の命令に反して不適切に不利益化する場合には無効である。
- (2) 規定が、
  - 1 逸脱される法律規制の本質的な基本思想と相容れない、または、
  - 2 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を、契約目的の達成が危殆化されるほどに制限する

場合には、疑わしき場合には不適切な不利益化が認定されなければならない。

理由書はこのうち二項についてはその趣旨につきもはやなにも述べていないが、法務委員会は、新たな規定を付け加えたり、両草案のうちの一方から引き継いだ規定に変更または修正を加えた場合、または、引き継いだ規定に対してとくに注釈が必要であると解した場合にかぎって理由を述べるとし、両草案のうちのどちらから規定を無修正で引き継いだ場合には当該草案の理由書の参照を指示するとしているので、政府草案七条の理由書が援用されたことになる。また、CDU/CSU 草案一二条が法務委員会草案に引き継がなかったことについても、理由書中には説明はみられない。

法務委員会草案は連邦議会本会議において、一九七六年六月の第二読会と第三読会で全会一致で可決された<sup>(29)</sup>が、連邦参議院が編集上の修正および手続規定の修正を要求したため、両院協議会が開催され、両院協議会は修正案を提示、連邦議会および連邦参議院は一九七六年一月にこれを受け入れ、約款規制法が成立した。<sup>(31)</sup>法務委員会草案九条はそのまま、約款規制法九条となっている。<sup>(32)</sup>

以上によれば約款規制法九条二項二号は、枢要義務に關しての免責は許されないと準則を受け継いだものといえる。もっとも、このことと任意の法律規制のいわゆるモデル機能による約款の内容規制とがどういう關係に立つのか、は今一つ明らかでないといわざるを得ない。

### (3) 一一条七号の沿革

第一次部分報告書草案八条は評価余地をとまわらない許されない条項として、その一一号に、

債務者の重過失的な契約違反に、または、債務者の法律上の代理人もしくは債務者がその債務の履行のために用いる者の故意的もしくは重過失的な契約違反に基づく損害についての責任の排除または限定

は、約款においてつねに許されない、と規定する。

理由書は同号について、まず重過失責任からの免責に対する最高裁判例の立場を説明したのち、作業グループの多数意見によれば、免責禁止を債務者自身またはその指揮的職員の重過失に制限することは狭過ぎ、このことは判例が、指揮的職員以外の補助者の重過失の場合の免責が不衡平と感じられる事案において、回り道により債務者の責任を——とくに、当該免責条項の文言とは相容れない制限解釈を通じて、多かれ少なかれ不自然な監督過責の認定を通じて、あるいは、いわゆる概要義務違反の認定を通じて——認めていることにも示される、と指摘する。その例として理由書は、連邦通常裁判所一九六七年一月二九日判決 (NJW 1968, 588)<sup>(33)</sup>、連邦通常裁判所一九七一年一月一五日判決 (VersR 1972, 67)<sup>(34)</sup>、連邦通常裁判所一九六八年五月二二日判決 (VersR 1968, 735)<sup>(35)</sup> およびデュッセルドルフ地方裁判所一九五五年五月一七日判決 (VersR 1955, 483)<sup>(36)</sup> を挙げる。

これに続けて理由書は、たとえ多くの事案において判例が免責条項にもかかわらず責任を認めているにしても、制限解釈は、企業者は条項をより厳密かつ明瞭に表現することによりこれを免れることができるので一時しのぎに過ぎないし、また、裁判所が概要義務違反または監督過責を認定するかどうかは、個々の事案において確実に予見することはほとんどできないので、こうした法状態には消費者保護の観点から満足することはできないとし、それゆえ作業グループの多数意見は、重大に有責的な行為についての免責禁止を普通の履行補助者にも及ぼすことを支持している、と説明する。

さらに理由書は、このような規制に相当するものがすでに現行法においてBGB七〇二a条一項二文にみられること、比較法的にみてもフランスの判例やイタリアの民法典は重過失の場合に免責を認めていないことを指摘し、これに続けて、重過失の存する主体や免責の範囲によって重過失責任からの免責の許容性を区別する立場を採らないことを以下のように説明する。

理由書はまず重過失の存する主体による区別について、(i)作業グループは、独立の履行補助者と非独立の履行補助者とを区別し、債務者の指揮権に服する非独立の履行補助者の重大に有責な行為についてのみ責任免責を許さない立場や、債務者の法律上の代理人については債務者自身についてよりもより広範な責任免責を認める立場を正当でないと解する、と述べる。もっともその理由は示されていない。免責の範囲による区別については理由書は、(ii)作業グループの提案は、同号により画された枠内では責任排除のみならず責任制限も許されないと趣旨であること、(iii)指揮的職員でない履行補助者の重大な過責の場合には、すくなくともいわゆる間接損害については責任限定を許容することを作業グループは検討したが、このことには①直接損害と間接損害との区別は実定法からは導かれないこと、②そのような区別は実際のでもなく正当でもないこと、③間接損害は直接損害よりもしばより重大であり、重大な過責についての責任排除はそうした場合とくに不衡平であることといった難点があること、(iv)作業グループは補助的に、動産の国際売買に関する統一法八二条二号にならい契約締結時に予見可能でなかった損害に関して損害賠償義務の限定を許容することは考慮に値すると考えていること、(v)作業グループの一人の委員は責任限定を禁止することに反対しており、それは①責任最高限度額は負担可能な保険可能性のための要件であり、責任限度が適切かどうかは一般条項により吟味することができること、②個別の結果損害を考慮に入れるBGBの損害



賠償規定は、大量取引を進めるには適していないこと、③従業員 (nachgeordnete Mitarbeiter) についても重大な過責はもはや約款のなかでは排除できないとすれば、その種の過誤行為を完全に排除することは決してできず、委託遂行につき企業者が直接の影響力を行使することのできない独立の履行補助者についてはとくにそうであるがゆえに、責任限定の必要不可欠性はより一層明らかとなることを理由としていること、を述べている。<sup>(37)</sup>

以上によれば第一次部分報告書草案八条一一号は、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないととの準則を受け継ぎつつも、企業者またはその指揮的職員の重過失についてののみ免責を許さないという判例のそうした立場では、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についての責任からの免責が不衡平と感ぜられる場合に、消費者保護の観点から満足することができるといえない、とのことから、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についても一律に責任からの免責を認めなかったものといえよう。もつともそこでは、重過失の存する主体や免責の範囲によって重過失責任からの免責の許容性を区別するいくつかの立場についてその是非が検討されており、重過失責任からの免責を一律に禁止することはかなり議論がなされたようである。また——判例の立場が狭過ぎることは、判例が労務者または指揮的でない職員の重大な過責の場合にも回り道により(回り道であるとの判断が正しいとひとまず仮定する)企業者の責任を認めているとのことから推認されるとしても——労務者または指揮的でない職員の重大な過責についての責任からの免責を、当然に許されないとは解しない立場が理論的にどういけなくのか、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についての責任からの免責も当然に許されないと解することがなけりえ正当化されるのかについては、理由書はなにも説明していない。

第一次部分報告書草案八条一一号は、「債務者」が「約款使用者」に修正されるなど若干の文言上の修正がなされ

たのを除きそのまま報告者草案八条一一号となり、さらに若干の文言上の修正を受けて政府草案九条七号となった。いずれの理由書の内容も、——重過失の存する主体や免責の範囲によって重過失責任からの免責を許容する立場を採らないことを述べた部分のうち、第一部分報告書草案の理由書にはあった(i)、(ii)および(iii)の部分が抜け落ちてい(38)ることを除けば——第一次部分報告書草案のそれと同じである。

これに対して消費者保護専門委員会草案一三条は、履行補助者についての責任として以下のように規定していた。契約上の義務の故意的なまたは重過失的な違反による債務者およびその履行補助者の責任は、約款を通じて排除または制限することはできない。

理由書は同条についてまず、BGB二七六条二項および二七八条二文により許容された責任制限を目指す約款条項に対し、判例がどのような立場をとってきたかを説明したのち、法律上本来的には許容される右の免責権能は、約款を通じては、単純な過失についての免責が目指されるかぎりでこれを許容することが法政策上必要と思われる、と述べる。このことについて理由書は、①故意および重過失についても免責により契約相手方は、そのような約定が個別契約に留保されねばならないほどの著しい法的不利益を被ること、②免責可能性を制限することは、損害を惹起した者、または、その決定領域において損害が惹起されたところの者が責任を負うということ(Verantwortung)をよりよく考慮しており、かくして正義命令にもよりかなうこと、③国民経済上有害な行為は、自己の領域内の誤った行為についての債務者の責任を回復することによりもっとも持続的に抑止することができるという(39)かぎり、そのような条項の禁止からは教育的な効果も期待できること、を指摘している。

消費者保護専門委員会草案一三条は、そのままCDU/CSU草案一三条となる。理由書の内容も、消費者保護専門

委員会草案のそれと同じである。<sup>(40)</sup>

政府草案九条七号および CDU/CSU 草案一二条を受けて、法務委員会は、政府草案九条七号に重大な過責の場合の責任という見出しを付してこれをそのまま受け入れ、法務委員会草案一条七号とした。このことについて理由は、(イ)独立の補助者の重過失の場合であっても重過失責任からの免責は認められないこと、および、(ロ)責任を指揮的職員の場合に制限することは検討されなかったことを説明するのみである。説明のなかった点については(2)に述べたところにより、政府草案八条七号の理由書が援用されたことになる。 (イ)について理由は、法務委員会は、独立の履行補助者の重過失的な契約違反についての責任の排除をもちや許さないことが適切かどうかを詳細に検討したが、——顧客からの委託を処理するためには通常、内外の金融機関などを関与させざるを得ず、顧客に対して責任を負う金融機関はそれら金融機関に対して影響力を有しないとの中央信用委員会による指摘に対し、連邦政府の代表者が、諸連盟からの聴聞時には責任問題が生じた具体的な事案は挙げられなかったとの事実を対置したため——政府草案九条七号をそのまま受け入れることを認めた、と説明し、(ロ)については、もしそうするならばこの規定の効率性が疑わしくなるし、また、指揮的職員概念はあまりにも不確定であり、責任構成要件が約款使用者によって職務の変更を通じて変更されかねないので検討されなかったと説明している。<sup>(41)</sup> 重過失責任からの免責を一律に禁止することの是非について引き続き議論がなされたことがうかがわれよう。なお一九七六年六月二四日の連邦議会本会議での第二読会で Think 議員 (CDU/CSU 会派) は法務委員会での議論を紹介して、法務委員会は、いくつかの産業部門には異常な負担が課せられるかもしれないことを見落とさなかったこと、しかし、約款使用者には責任 (Verantwortung) が負わせられなければならないとのまったく優勢的な見解が確認されたこと、それは、契約違反行

為は約款使用者の領域内にあり、その外にいる消費者よりも約款使用者の方がより容易にこれを排撃することができること、を述べている。<sup>(42)</sup>

法務委員会草案一一七号は、そのまま約款規制法一一七号となる。

以上によれば約款規制法一一七号は、企業者またはその指揮的職員の重過失についての責任からの免責は許されないとの準則を受け継ぎつつも、企業者またはその指揮的職員の重過失についてのみ責任からの免責を許さないというそうした立場では、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についての責任からの免責が不衡平と感じられる場合に、消費者保護の観点から満足することができるような対応ができない、とのことから、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についても一律に責任からの免責を認めなかったものといえよう。そこでは補助者の独立性・非独立性や指揮的職員性、免責の範囲によって重過失責任からの免責の許容性を区別することの問題性が指摘されている。もっともそこでは、重過失責任からの免責を一律に禁止することに対してはかなりの抵抗があったようである。また、労務者または指揮的でない職員の重大な過責についての責任からの免責も当然に許されないと解することがなげにゆえ正当化されるのか、は結局明らかにされず、連邦議会本会議での法務委員会審議の紹介から一つには、契約違反行為は顧客よりも企業者の方がより容易にこれを排撃することができ、との視点がうかがわれるにとどまる。<sup>(43)</sup>

#### (4) 二四条の沿革

第一次部分報告書草案一二条は人的および物的適用範囲として、その一項a号に以下のように規定していた。

本法の規定は、商業登記簿に登録されている商人に対して使用される約款には、当該契約がその商人の営業に属するかぎりで適用されない。

理由書は同条について、以下のように説明する。

作業グループは、優先的に最終消費者の保護改善のための解決策を作成するという任務にしたがい、本法の人的適用領域の制限を定めた。さらに一定の法領域を、その特別な性格にかんがみ除外した。法律規制はこのように、保護の必要性がとくに大きい人にそして事態に集中することができる。このようにして同時に、保護規定をより有効に作り上げることが可能となる。なぜなら、商取引にも無制限に適用される法律規制を行おうとすれば、商取引独自の諸必要のため内容規制の保護は、商人でない消費者のために望ましいと思われるのよりもずっと弱められざるを得ないからである。

そして理由書は、同条一項 a 号が対商人取引への本法への適用を否定したことについて、

作業グループは、本法を無制限に完全商人に対して適用可能であると宣言することは行き過ぎであると解する。商取引では、完全商人の保護必要性は通常、消費者に対する法関係におけるほど際立っていない、

と説明する。また本法の特定の規定——たとえば一般条項——を商取引に適用するにとどまる規制も、他の規定は完全商人の保護のためには必要でないとの反対解釈を生ぜしめる危険があるので妥当でないこと、商取引においても適用が考慮されるところの個々の規定を挙げ、場合によってはこれを修正するということも、詳細な規制と更なる考察を必要とし、これは優先的に最終消費者保護のための解決策を作成するという作業グループの任務には含まれないこと、からいずれも採用されなかった。さらに理由書は、完全商人が本法の保護範囲の外に置かれたことは、完全商人間の取引では新しい法律規定によるいかなる影響も排除されるとの趣旨に誤解されてはならず、本法の基本思想がその営業領域内での完全商人に対しても、その特別の地位およびその保護必要性に合致するかぎりで適用

されることについては、作業グループはまったく優勢的に意見の一致をみていることを指摘する。<sup>(44)</sup>もつともこのことを明示的に本法に規定することは、そのような規定がなくとも判例はこの新しい法律規制を完全商人間の取引において無視しないであろうし、そのような規定は明確な言明価値を有しない、というのが作業グループの多数意見であつたので、見送られた。<sup>(45)</sup>

以上によれば第一次部分報告書草案一二条は、①最終消費者の保護がまず第一の問題であること、②そのためにより有効であるように保護規定を作り上げるためには、対商人取引には不適用とすることが必要なこと、③保護の必要性が対消費者取引におけるほど大きくない対商人取引に本法を適用することは行き過ぎであることから、対商人取引には本法を適用しなかつたものといえよう。そしてそこでは、約款規制法九条に相当する六条も約款規制法一条七号に相当する八条一号も対商人取引には適用されなかつた。もつともこのことは、本法の基本思想が対商人取引に適用されることを排除しないので、対消費者取引の場合にかぎり六条ないし八条一号により無効とされる約款条項が、対商人取引においても無効とされる余地は残されていた。その具体的な判断は判例に委ねられたことになろうが、前章までにみえてきた諸準則がそこにおいてどのように扱われるべきかについては理由書はなにも述べていない。

第一次部分報告書草案一二条は若干の修正を受けて報告者草案一二条となつたが、一項a号については文言上の修正がなされたに過ぎない。理由書の内容も、第一次部分報告書草案のそれと同じである。<sup>(46)</sup>

これに対して政府草案は、対商人取引には本法を適用しないという第一次部分報告書草案および報告者草案の立場を採らず、対商人取引にも原則的に本法の適用を認める。すなわちその一二条は人的適用領域からの例外として、

一文一号に、

二条、八条、九条および一〇条の規定は、商人に対して使用される約款には、当該契約がその商人の営業に属する場合には適用されない、

と規定し、二文に、

一文の場合、七条は、八条および九条に挙げられる契約規定がその結果、無効となる場合であっても、適用されなければならない、

と規定する。

理由書は対商人取引にも原則的に本法の適用を認めたことについて、以下のように説明する。

本法は第一次的には、最終消費者の約款からの保護を目的とする。商取引においては、約款に服従する契約当事者の保護必要性は通常、消費者に対する法関係におけるほどに際立ってはいない。しかし本草案の諸規定は、全法秩序を支配する信義誠実原則の現れである。それゆえ、たとえば商人による商行為を適用領域からまったく除外することはできない。むしろ、あらかじめ一方的に書式化された条項が基礎に置かれる場合には、本法の基礎的な保護規定は、約款に服従する契約当事者の人としての身分にかわりなく、適用されるべきである。<sup>(47)</sup>

しかし政府草案も、対商人取引への本法の適用を無制限に認めたわけではなかった。すなわち、①商人間の法生活は、商慣習により、また、関係者の法律行為の経験がたいていはより豊富であることにより、最終消費者との法生活に比べて契約法規範がより弾力的であることを頼りとしていること、<sup>(48)</sup>②営業者間の業務生活が必要とするところはあまりにも様々なので、本草案の細目規制すべてに関して最終消費者との法生活が要求するところとのあいだに最大公約数を求めることはできず、一般的な保護規定の他に、消費者取引と営業者間の法取引とに共通の細目規

定を定めようと試みることは、商人間の法生活に過度の制約を加えるか、あるいは、最終消費者の保護を広範に空洞化する危険をとまなうこと<sup>(49)</sup>から、対商人取引にも本法——とくに七条の一般条項——を適用するが、二条、八条、九条および一〇条は対商人取引には適用しないとの立場が採用されたのである。理由はそのうち八条および九条の商取引への適用問題について、以下のように説明する。

八条および九条に挙げられる条項は、商人間の契約の場合にはつねに不可とされるべきではない。最終消費者との契約では顧客の不適切な不利益化となるリスク移転も、商人間取引では、契約当事者間の多数の取引との関連で判断されるべきであり、他の種類の利益——これは、一回限りの給付について一回限りの契約を締結する個人の最終消費者には提供されない——によって調整され得るので、受忍し得るものであることがあり得る。

これに続けて理由書は、八条および九条に挙げられる条項が対商人取引ではつねに有効であると一二条一文から推論することは許されず、一二条二文はこのような推論を排除するため置かれたことを説明している。<sup>(50)</sup>

以上によれば政府草案一二条は、本法は第一次的には最終消費者の約款からの保護を目的としているものの、本法は信義誠実原則の現れであり、信義誠実原則は全法秩序を支配するものなので、対商人取引にも原則的に本法の適用が認められるべきであるが、対商人取引への適用がふさわしくない細目規定についてはこのかぎり<sup>(51)</sup>でなく、八条および九条に挙げられる条項は対商人取引では受忍し得るものであることがあり得る、ということから、約款規制法九条に相当する七条については対商人取引にも適用を認めたが、約款規制法一条に相当する九条については対商人取引には適用を認めなかったものといえよう。もっともこのことは、九条に挙げられる条項が対商人取引ではつねに有効であるとの反対解釈を許すものではなく、対消費者取引の場合にかぎり九条により無効とされる約款



条項が、対商人取引においても七条を通じて無効とされる余地は残されていた。その具体的な判断は判例に委ねられたことになろうが、対商人取引においては重過失責任からの免責は、当然に許されないものとは解されないことが、企業者またはその指揮の職員に重過失が存する場合にも妥当する趣旨なのかどうかは明らかでない。

消費者保護専門委員会草案も政府草案と同様、対商人取引にも原則的に本法の適用を認める。すなわちその二五条は商人として、以下のように規定していた。

八条、九条、一一条、一六条、一七条、一九条、二二条一項二号から五号、二三条の規定は、当該契約規定が商取引において適用される慣行および慣習にかんがみ七条により無効でないかぎり、商人の商行為には適用されない。商業登記簿に登録されている商人の商行為には、二条一項、一八条および二三条の規定も適用することはできない。

このことについて理由書が説明するところも、政府草案のそれとかなり一致する。すなわち、第一次的には消費者保護を目的とする法律規制であること、しかしその保護規定はほとんど例外なく信義誠実原則の現れであるので、商人の商行為をその適用から原則的に除外することはできないこと、このように除外することに對しては、約款規定の許容性の問題を取り扱った公刊の最高裁判例のほとんどは商人間の商行為を対象としており、このことは不衡平な約款から商人を保護する必要性をまったく否定することができないことを示していることから著しい懸念が存すること、この問題を未説明のままたとえば判例に委ねることは、商行為にふさわしい規制のための拠り所が現行法や関係判例から得られるがゆえに受忍できないこと、が指摘される。<sup>(32)</sup>

もっとも、どの規定について対商人取引への適用を認めないかについては、政府草案と消費者保護専門委員会草案とは必ずしも一致しない。約款規制法九条に相当する規定としては政府草案七条も消費者保護専門委員会草案

七条および一二条も、対商人取引への適用が認められた。約款規制法一条七号に相当する規定としては、政府草案九条七号はすでにみたように対商人取引への適用を認められなかったが、消費者保護専門委員会草案一三条は対商人取引にも適用が認められた。消費者保護専門委員会草案の理由は、とくにこの一三条の対商人取引への適用問題につき説明することはしておらず、対商人取引への適用を認めた諸規定について一括して、適用除外につき商人にとつての保護に値する利益を認めることはできないと述べるのみである。ただ対商人取引への適用を認めなかった諸規定について、それら諸規定における禁止はかんずく商人でない消費者の保護必要性に基づいているがゆえにその適用除外が正当化されると説明されており、このことからすれば一三条は、商人でない消費者の保護必要性以外のところにその根拠があると理解されていたといえるかもしれない。いずれにしても、対商人取引の場合にも重過失責任からの免責が許されないと解されていたことは、注目されよう。

消費者保護専門委員会草案二五条は、文言上の修正がなされたのみでCDU/CSD草案二五条となった。理由書の内容も、消費者保護専門委員会草案のそれと同じである。<sup>(54)(55)</sup>

以上の政府草案一二条およびCDU/CSD草案二五条を受けて、法務委員会草案は人的適用領域からの除外として二四条を置く。それは、二文に、

商取引において適用される慣行および慣習に対して適切な考慮が払われなければならない、と付加したうえで、政府草案一二条を引き継いだものであった。

このことについて理由は、(i)一〇条および一一條に挙げられる約款規定が対商人取引ではつねに有効であると理解されてはならないこと、(ii)対商人取引への適用除外についての委員会の少数意見、および、(iii)二文への付加に

ついで説明するのみである。(四)について理由書が説明するところによれば、委員会の少数意見は、妨げなく約款を使用する供給者と約款規制法によって完全に保護される顧客との間の利益衝突のなかで中間層の商人が契約障害についてひとりですべて全責任を負わなければならないということを防止するため、一文の規定する適用除外は一〇条ならびに一一条の一号、二号、四号、五号、八号、九号、一〇号、一二号、一五号bおよびcならびに一六号のみにすることを主張した、とされる。<sup>(56)</sup>説明のなかった点については(2)に述べたところにより、政府草案一二条の理由書が援用されたことになろう。<sup>(57)</sup>

法務委員会草案二四条は、両院協議会の動機に基づき見出しを人的適用領域と修正されたうえ、約款規制法二四条となる。

以上によれば、約款規制法一一号七号が対商人取引には適用されないのは、重過失責任からの免責は対商人取引では受忍し得るものであることがあり得ると解されたからであった。もともとそこでは、約款規制法二四条二文の前半部分からも明らかのように、重過失責任からの免責が対商人取引においても無効とされる余地は残されており、その具体的な判断は判例に委ねられたことになろうが、対商人取引においては重過失責任からの免責が、当然に許されないものとは解されないとのことが、企業者またはその指揮的職員に重過失が存する場合にも妥当する趣旨なのかどうかは、明らかでないといわざるを得ない。

#### (5) 一八条八号の沿革

第一次部分報告書草案八条は評価余地をとまわらない許されない条項として、その七号に、

契約による過失責任の免責(三)

売主または請負人の供給遅滞の場合にまたは供給不能の場合に損害賠償を請求しまたは契約を解除する買主または注文者の法律上の権利を排除または制限する規定

は、約款においてつねに許されない、と規定する。

理由書は同号についてまず、顧客の解除権をまったく排除する供給期限条項を取り扱う機会を判例は明らかにかなりではこれまで有しなかったこと、これに対して実務上しばしばみられる損害賠償請求権の排除に対しては、判例は明らかにかなりでは原則的に異議を唱えなかったことを述べたのち、——作業グループの一致した見解によれば、顧客の解除権と損害賠償請求権とを同時に排除することは、顧客を無権利に置くことになるのでいかなる場合にも不適切であるが——買主または注文者に法律上の解除権が残される場合に損害賠償請求権の排除が許されるべきかどうかの問いは、作業グループ内で評価が分かれたこと、少数意見は、重大に有責な契約違反の場合にはより一般的な規定である八条一一号規定によってすでに免責は排除されることを指摘して、その他の場合の損害賠償義務からの免責を許容すべきことを主張したこと、これに対して多数意見は、もし供給者が買主または注文者の解除権によってしか威嚇されなければ、給付義務違反は制裁をとまわらないことになり、このことにより売主または請負人が必要な注意をもって給付をなすことに努力することが担保されなくなるので、供給者に給付を促すためには損害賠償義務という制裁が必要不可欠であると解したことを述べる。<sup>(59)</sup>

以上によれば第一次部分報告書草案八条七号は、給付者に給付を促すためには損害賠償義務という制裁が必要不可欠なので、給付の遅滞または不能の場合の損害賠償請求権の排除または制限を許さなかったものといえよう。もっともこのことは、従来の判例のなかにその起源を有するものではない。また重過失責任からの免責を禁止する八

条一一号との関係についての説明はみられない。

第一次部分報告書草案八条七号は、「売主または注文者」が「顧客」に修正されるなど若干の文言上の修正がなされたのを除きそのまま報告者草案八条七号となった。理由書の内容も、第一次部分報告書草案のそれと同じである。<sup>(60)</sup>

これに対して政府草案は、解除権の排除または制限および損害賠償請求権の排除については第一次部分報告書草案および報告者草案と同様、これを許さなかったが、損害賠償請求権の制限については重過失責任からの免責を禁止する九条七号による制限内でこれを許容した。すなわちその九条は評価余地をともなわない許されない条項として、その八号に、

約款使用者の給付遅滞または約款使用者の責めに帰すべき給付不能の場合について、

- a) 契約の他方当事者の契約解除権を排除もしくは制限する、または、
  - b) 契約の他方当事者の損害賠償請求権を排除もしくは七号に反して制限する
- 規定

は、約款においてつねに許されない、と規定する。

理由書は第一次部分報告書草案および報告者草案のそれと同様に、

損害賠償義務という制裁は、約款使用者に契約にかなった給付を促すために原則的に欠かせない

ことを指摘したのち、損害賠償請求権に関しては完全な排除のみが禁止され、損害賠償請求権の制限は不能ないし遅滞が故意または重過失により招致される場合に無効であることを述べるのみで、なにゆえ損害賠償請求権の制限についてこのような修正を加えたのかについてはなにも述べていない。<sup>(61)</sup>

これに対して消費者保護専門委員会草案一七条は、遅滞、不能として、その二項に以下のように規定していた。

完全なもしくは一部の遅滞または完全なもしくは一部の不能の場合において、法律により存在する不履行による損害賠償請求権または解除権は、この法律に異なつて規定されていないかぎり、約款を通じて排除または制限することはできない。

同項について理由書は、そのような排除または制限を規定する条項は、顧客に対し通常、とくに厳しい負担を課すこと、法律上の規制は契約当事者らの利益の正義を指向した調整によつてるので、これを約款を通じて一方的に排除することはできないことを述べる。<sup>(62)</sup>

消費者保護専門委員会草案一七条二項は、そのままCDU/CSU草案一七条二項となる。理由書の内容も、消費者保護専門委員会草案のそれと同じである。<sup>(63)</sup>

政府草案九条八号およびCDU/CSU草案一七条二項を受けて、法務委員会は、政府草案九条八号に遅滞、不能という見出しを付してこれをそのまま受け入れ、法務委員会草案一条八号とした。このことについて理由書は、政府草案の理由書の参照を指示するのみである。<sup>(64)</sup>

法務委員会草案一条八号は、そのまま約款規制法一条八号となる。

以上によれば約款規制法一条八号は、企業者に契約にかなつた給付を促すためには、損害賠償義務という制裁が原則的に欠かせないと解されたゆえに、給付の遅滞または不能の場合には、過責の程度や過責のある主体のいかんにかかわらず損害賠償請求権の排除を禁止したものといえる。もっともこのことは、従来の判例のなかにその起源を有するものではなかった。また重過失責任からの免責を禁止する約款規制法一七条七号との関係についての

理解も結局示されなかった。

(注)

- (1) 約款とはなにか、も一つの問題であるが、免責が約款を通じて取り決められた場合と個別契約において取り決められた場合とで、免責に対する内容規制が異なるのかどうかの問題をひとまず措いたうえで、免責に対する内容規制の問題を考察する本稿の立場からは、本質的な問題ではないので、ここでは立ち入らない。「約款」概念の問題についてはさしあたり、河上正二『約款規制の法理』(昭和六三年)一三三頁以下を参照。
- (2) 三にみた良俗違反理論が企業者の独占地位を前提に免責の内容規制を行ったのは、契約締結の自由さえも事実上有しないという顧客のこうした強制状態(Zwangslage)に着眼したものである。
- (3) Bericht zur Verbraucherpolitik, BTDrucks. 6/2724.
- (4) Peter Umer, in: Umer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl. 1990, Einl. Rn. 9.
- (5) Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974.
- (6) Erster Teilbericht, S. 36.
- (7) このことについてはさしあたり、河上前掲書三一九頁以下および三八三頁以下を参照。
- (8) Erster Teilbericht, S. 55.
- (9) 事案および判旨は、四四本文に前掲。
- (10) 事案および判旨は、四四本文に前掲。
- (11) 事案および判旨は、四四注28に前掲。
- (12) 事案および判旨は、四四本文に前掲。
- (13) 事案および判旨は、四四注85に前掲。
- (14) Erster Teilbericht, S. 55f.
- (15) もちろんそうでない理解もおお、可能である。つまり、二号の基準は任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができ、契約による過失責任の免責(三)

きない場合のために置かれた、とのことから必然的に、二号の基準はそのような場合を適用領域とするのが導かれるわけではないので、二号の基準は、任意の法律規制のいわゆるモデル機能を利用することができる場合にも適用可能である、この理解は依然可能である。

- (16) 作業グループは一九七三年一月から一九七四年二月までのあいだ、九回の総会とかなりの回数の小委員会をもったとされる（Erster Teilbericht, S. 20f.）が、筆者はこれらの審議の内容を知ることはできなかった。
- (17) Referentenentwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, DB 1974 Beil. Nr. 18.
- (81) Referentenentwurf, DB 1974 Beil. Nr. 18, S. 4 und S. 10.
- (61) Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), BTDrucks. 7/3919.
- (82) Gesetzentwurf der Abgeordneten Vogel (Ennepetal), Thürk, Frau Will-Feld, Dr. Wittmann (München), Erhard (Bad Schwalbach), Picard, Frau Schleicher und der Fraktion der CDU/CSU. Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB), BTDrucks. 7/3200.
- (12) Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB), BB 1974 Beil. Nr. 9.
- (32) Entwurf eines GAGB, BB 1974 Beil. Nr. 9, S. 8f.
- (33) CDU/CSU-Entwurf, BTDrucks. 7/3200, S. 12f. und S. 14f.
- (24) Antrag des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem von den Abgeordneten Vogel (Ennepetal), Thürk, Frau Will-Feld, Dr. Wittmann (München), Erhard (Bad Schwalbach), Picard, Frau Schleicher und der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB) -Drucksache 7/3200-, zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) -Drucksache 7/3919-, BTDrucks. 7/5412.
- (25) Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß) zu dem von den Abgeordneten Vogel (Ennepetal), Thürk, Frau Will-Feld, Dr. Wittmann (München), Erhard (Bad Schwalbach), Picard, Frau Schleicher und der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten



Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB) –Drucksache 7/3200, 7/5412-, zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) –Drucksache 7/3919, 7/5412-. Bericht der Abgeordneten Thürk und Frau Dr. Däubler-Gmelin, BTDrucks. 7/5422, S. 1.

- (26) AaO, S. 2.
- (27) AaO, S. 6.
- (28) AaO, S. 4.
- (29) BT Sten. Ber. 7/253, S. 18068 (D) -18069 (A).
- (30) Unterrichtung durch den Bundesrat. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) –Drucksachen 7/3919, 7/3200, 7/5412, 7/5422-. hier: Anrufung des Vermittlungsausschusses, BTDrucks. 7/5617.
- (31) Antrag des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschub) zu dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) –Drucksachen 7/3200, 7/3919, 7/5412, 7/5422, 7/5617-, BTDrucks. 7/5636.
- (32) BT Sten. Ber. 7/258, S.18559 (B) ; BR Sten. Ber. 440/76, S. 415 (A).
- (33) 事案および判言は四ノ注58に前掲。
- (34) 解釈規制の事案である。
- (35) 事案および判言は四ノ本文に前掲。
- (36) 解釈規制の事案である。
- (37) Erster Teilbericht, S. 80ff.
- (38) Referentenentwurf, DB 1974 Beil. Nr. 18, S. 18; Regierungsentwurf, BTDrucks. 7/3919, S. 30ff.
- (39) Entwurf eines GAGB, BB 1974 Beil. Nr. 9, S. 10.
- (40) CDU/CSU-Entwurf, BTDrucks. 7/3200, S. 15.
- (41) Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 7/5422, S. 8.

契約による過失責任の免責 (11)

- (42) BT Sten. Ber. 7/253, S. 18062 (C).
- (43) なお消費者保護専門委員会草案は、①顧客は、重過失責任からの免責により著しい不利益を被ること、②損害は企業者側領域で惹起されること、③責任を認めることには教育的な効果も期待できることから、重過失責任からの免責の一律禁止が法政策上必要であると解していたが、同草案が法務委員会草案に引き継がれなかったことはすでにみたとおりである。
- (44) もっとも二人の委員は、判例は完全商人間の約款を従来どおりに吟味すべきであり、草案の個別規定の基本思想のみへの依拠さえも勧告することはできない、との意見である。
- (45) Erster Teilbericht, S. 99f.
- (46) Referententwurf, DB 1974 Beil. Nr. 18, S. 23f.
- (47) Regierungsentwurf, BTDrucks. 7/3919, S. 43. Siehe auch S. 14.
- (48) AoO, S. 14.
- (49) AoO, S. 43.
- (50) AoO, S. 43f.
- (51) なお一九七五年九月二五日の連邦議会本会議での第一読会でThürk議員(CDU/CSU会派)は、商行為を営む者は当然、職業生活の諸困難を熟知していなければならないが、他方、小売商人は、最終消費者に対しては約款に服従し供給者に対しては約款に服従しないという、産業と最終消費者とのあいだの緩衝地帯となるやもしれず、それゆえ、すくなくとも一般条項は商人に対して適用するところでは解決にならず、委員会審議はここについて進むべき道を示さねばならない、と指摘している(BT Sten. Ber. 7/187, S. 13161 (A) - (B))。
- (52) Entwurf eines GAGB, BB 1974 Beil. Nr. 9, S. 13.
- (53) AoO, S. 13.
- (54) CDU/CSU-Entwurf, BTDrucks. 7/3200, S. 19f.
- (55) なお一九七五年四月二五日の連邦議会本会議での第一読会でThürk議員(CDU/CSU会派)が説明するところによれば、CDU/CSU草案は、対商人取引への本法の適用は経済生活の妨げとなり、あるいは、必然的に費用増を招くであろうとの経済界からの指摘をただちにしりぞけることはできなかったが、再販売者が、消費者に対しては無制限に責任を負わなければならない一方で製造者

に対しての責任追求は製造者の約款により阻まれる、という製造者と消費者とのあいだの緩衝地帯となることが懸念されたことから、商人にも原則的に保護規定の適用を認め、とくに七条の一般条項が商人にも適用可能であることを宣言する一方で、経済生活の利益を考慮するため、商人の商行為には適用されないいくつかの規定を二五条に挙げた、とされる (BT Sten. Ber. 7/168, S. 11797 (C) - (D))。

(96) Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 7/5422, S. 14.

(57) なお一九七六年六月二四日の連邦議会本会議での第二読会に Daubler-Gmein 議員 (SPD 会派) が説明するところによれば、法務委員会は、経済的に弱い契約当事者の援助という観点のもとでは、たとえば小売業者が卸売商に、下請業者が大口購買者に約款を通じて苦しめられるという事態が考えられ、このことは商人を原則的に保護範囲に取り込むべきことを物語ったが、しかし商人領域では当事者はみずからを助けることができまたそうする意思であるので、結局、適切な利益調整の原則は完全に適用するが、つねに無効である条項のカタログは適用しないという柔軟な立場を選んだ、とされる (BT Sten. Ber. 7/553, S. 18059 (D) - 18060 (A))。また同じく第二読会で Think 議員 (CDU/CSU 会派) が説明するところによれば法務委員会は、経済生活は自己の法律を有していることから、対商人取引には一般条項のみを適用することに決した、とされる (AaO, S. 18062 (D) - 18063 (A))。

(58) 判決例は挙げられていないが、遅滞による損害賠償請求権の排除が問題となったライヒ裁判所一九四一年八月一四日判決 (RGZ 168, 321) (事案および判旨は四一に前掲) および連邦通常裁判所一九五七年九月二七日判決 (NJW 1957, 1760) (事案および判旨は四二注7に前掲) ではたしかに、免責は許されないと解されている。

(59) Erster Teilbericht, S. 72f.

(60) Referentenentwurf, DB 1974 Beil. Nr. 18, S. 15.

(61) Regierungsentwurf, BTDrucks. 7/3919, S. 32.

(62) Entwurf eines GAGB, BB 1974 Beil. Nr. 9, S. 11.

(63) CDU/CSU-Entwurf, BTDrucks. 7/3200, S. 16.

(64) Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. 7/5422, S. 8.